THÈSE DE
CAEN.
1882
N°. 14.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DE LA
RÉALISATION
DU
GAGE HYPOTHÉCAIRE
EN DROIT ROMAIN

DE LA
SURENCHÈRE DU DIXIÈME
SUR
ALIÉNATION VOLONTAIRE
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

Soutenue publiquement

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Samedi 24 juin 1882, à 3 heures du soir

PAR

Louis PERRIN
AVOCAT

ANGERS
IMPRIMERIE P. LACHÈSE ET DOLBEAU
13, Chaussée Saint-Pierre, 13

1882

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545816_0005

MEIS ET AMICIS

JURY D'EXAMEN

PRÉSIDENT : M. TOUTAIN.

SUFFRAGANTS

MM. BAYEUX, professeur.
JOUEN, id.
LAISNÉ-DESHAYES, agrégé,
GUILLOUARD, id.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DE LA

RÉALISATION

DU

GAGE HYPOTHÉCAIRE

EN DROIT ROMAIN

DE LA

SURENCHÈRE DU DIXIÈME

SUR

ALIÉNATION VOLONTAIRE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

Soutenue publiquement

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le Samedi 24 juin 1882, à 3 heures du soir

PAR

Louis PERRIN

AVOCAT

ANGERS

IMPRIMERIE P. LACHÈSE ET DOLBEAU

13, Chaussée Saint-Pierre, 13

1882

DROIT ROMAIN

DE

LA RÉALISATION DU GAGE HYPOTHÉCAIRE

L'hypothèque, garantie affectée à l'acquittement d'une obligation, ne se conçoit pas sans le droit pour le créancier qui en est investi, de transformer en argent, en cas de non-paiement à l'échéance, la chose sur laquelle elle porte.

Aussi, cette faculté a-t-elle été toujours considérée comme un des principaux attributs de l'hypothèque.

Les Romains la désignaient sous le nom de *jus distrahendi*, qui n'était guère autre chose que le *jus vendendi* pur et simple.

Pour nous, qui nous proposons de nous occuper de la mise en exercice de ce droit, plutôt que du

droit lui-même, nous avons cru pouvoir donner pour titre à cette étude : *La Réalisation du gage hypothécaire*, qui est le but véritable vers lequel tend tout créancier qui possède une hypothèque.

Pour procéder avec ordre dans l'examen de cette matière, nous aurons à nous demander d'abord à qui appartient le droit de vendre ; nous répondrons à cette question dans notre chapitre premier. Dans le second chapitre, nous rechercherons quelles sont les conditions nécessaires pour exercer ce droit. En troisième lieu, nous examinerons les formes de la vente et les obligations du créancier vendeur. Dans un chapitre quatrième, nous traiterons des effets de la vente ; et enfin dans un dernier chapitre, nous verrons comment on peut réaliser un gage qui porte sur une chose incorporelle.

Toutefois, avant d'aborder le fond de notre sujet, il est important, voire même indispensable, de rappeler en quelques mots l'histoire du gage et de l'hypothèque en droit romain.

C'est ce que nous allons examiner dans un chapitre préliminaire.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Si de tout temps, à Rome, le législateur a accordé au créancier une sûreté réelle pour lui garantir le paiement de sa créance, il a fallu bien des transformations et bien des perfectionnements pour arriver à la théorie de l'hypothèque, telle que nous la trouvons dans le dernier état du droit.

Aussi, il est intéressant de suivre sur ce point le cours progressif des institutions romaines, et de voir par quelles phases singulières le gage a dû passer pour parvenir à ce développement.

Primitivement, lorsqu'un créancier exigeait de son débiteur une garantie réelle pour assurer le paiement de sa créance, celui-ci était tenu de lui transférer la propriété de ses biens.

Il intervenait alors entre eux un contrat de fiducie, aux termes duquel le créancier s'engageait à retransférer à son débiteur, une fois désintéressé, la propriété de la chose engagée. La chose ainsi aliénée s'appelait *fiducia* ou *res fiduciaria* (Paul, *Sent.*, II, 13, §§ 5 et 7), et on disait de cette aliénation fiduciaire, qu'elle était faite *jure pignoris* (Gaius, II, § 60).

Il est facile par là de comprendre la situation du créancier. Il était propriétaire, et comme tel, investi

d'un droit souverain sur la chose ; mais en même temps il était gagiste, qualité qui, tout en laissant ses droits de propriétaire entiers en eux-mêmes et à l'égard des tiers, l'obligeait à n'en user envers le débiteur que dans la mesure nécessaire à la sûreté et au recouvrement de sa créance.

Ainsi le créancier avait le droit de retenir la chose jusqu'à parfait paiement et même de la revendiquer contre le débiteur; mais il ne pouvait ni la retenir définitivement à titre de paiement, ni se la faire vendre par le débiteur (Paul, *Sent.*, II, 13, §§ 3 et 4). Le créancier pouvait user de la chose et même en acquérir les fruits et les produits, mais sous la charge de les imputer sur les intérêts et même sur le capital ; enfin il avait le droit de vendre la chose, mais seulement à l'échéance, et faute de paiement, et il ne devait conserver le prix que jusqu'à concurrence de ce qui lui était dû.

Malgré les limitations apportées aux droits du créancier, de graves inconvénients résultaient pour le débiteur de l'aliénation fiduciaire. En effet, outre qu'il perdait l'usage de sa chose, si le créancier venait par son fait ou sa négligence à la détériorer, si même il lui arrivait de la vendre avant l'échéance ou malgré le paiement, le débiteur n'avait d'autre action contre lui que l'*actio fiduciæ directa*, pour obtenir des dommages-intérêts, à raison de l'inexécution de l'obligation. Quant au tiers acquéreur, il ne pouvait être dépossédé; de sorte que, si le créancier était insolvable, le débiteur se trouvait en perte. Il lui restait, il est vrai, pour se couvrir, l'excédent de sa dette, et il

pouvait, au moyen de l'exception *doli mali* repousser l'action que le créancier dirigeait contre lui pour l'obtenir; mais ce moyen était bien insuffisant à le protéger, la valeur de la chose donnée en gage étant le plus souvent de beaucoup supérieure à la créance qu'elle garantissait.

Il fallut bien chercher à adoucir les rigueurs d'un tel contrat.

C'est ainsi qu'on voit d'abord s'introduire l'usage pour les créanciers, de laisser la chose aux mains du débiteur, soit à titre de précaire, soit à titre de bail (Gaius, II, § 60).

Mais ces deux expédients étaient encore d'une insuffisance manifeste; le premier en effet était révocable à volonté, et ni l'un ni l'autre n'empêchaient le créancier propriétaire d'aliéner les choses faisant l'objet du contrat, du moins lorsque ces choses étaient immobilières.

On convenait encore que le créancier n'aurait pas le droit de vendre la chose; mais cette convention n'avait nullement pour effet d'interdire au créancier le droit d'aliéner, puisqu'il était propriétaire, mais seulement de l'obliger à faire au débiteur une dénonciation avant de procéder à la vente, sous peine d'encourir des dommages-intérêts (Paul, *Sent.*, liv. II, tit. 13, § 5). Si le débiteur ne répondait pas à cette sommation en effectuant un paiement, le créancier pouvait alors valablement vendre la chose pour se payer sur le prix, et le débiteur avait seulement le droit de réclamer par l'action *fiduciæ* la part du prix excédant le montant de la créance.

On ne tarda pas du reste à reconnaître que pour conférer à un créancier une sûreté réelle, il n'était pas nécessaire de lui transférer la propriété de la chose qu'on voulait engager, et alors apparut le *pignus*, au moyen duquel le créancier devenait simplement possesseur de la chose, la propriété restant au débiteur.

Cette possession, le créancier pouvait la retenir jusqu'à parfait paiement ; mais il lui était formellement interdit, sous peine de se rendre coupable de *furtum*, de se servir de la chose ou de la vendre sans le consentement du débiteur. Nous trouvons ces prohibitions dans plusieurs textes : celle de se servir de la chose dans le § 6, titre I, liv. IV des Institutes de Justinien : « ... *Sive creditor pignore, sive... utatur furtum committit* » ; et celle de vendre, dans Gaius (tom. II, § 64) ; et au Digeste dans la loi 73 du titre *de Furtis* (livre XLVII, tit. 2) : « *Si is qui pignore accepit, cum de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit..... furti se obligat.* » Outre que le créancier, à défaut de convention, était dans l'impossibilité de réaliser son gage, il n'avait, au moins dans les premiers temps de cette institution, au cas où il venait à perdre la possession de la chose, aucun moyen légal de la recouvrer. De bonne heure il est vrai, sur ce dernier point, la création des interdits possessoires, et l'invention de la *procuratio in rem suam*, vinrent faire entrer le *pignus* dans une phase nouvelle. Le créancier qui avait été dépossédé put dès lors recouvrer la possession de la chose, soit à l'aide d'un interdit qui lui

compétait en son propre nom, soit en exerçant l'action en revendication appartenant au propriétaire, s'il pouvait en obtenir la cession.

Quant au droit de vendre, il devait, il est vrai, être stipulé expressément dans le contrat, pour appartenir au créancier, comme nous l'avons dit, en cas de non-paiement à l'échéance; mais le *pignus* étant un contrat de bonne foi, on finit par sous-entendre une pareille convention. Toutefois, le créancier ne put vendre dans ce cas, qu'après avoir averti le débiteur par trois dénonciations (Paul, *Sent.*, livr. II, t. 5, § 1). Enfin, si nous croyons Ulpien (L. 4, Dig. *De pign. act.*, liv. XIII, t. 7), ces significations ne furent plus exigées du créancier que lorsque la vente avait été prohibée par une convention. Dès lors, le droit de vendre était devenu vraiment de l'essence du gage, et ce fut probablement là le résultat d'une réaction de l'hypothèque sur le *pignus*.

Mais, même dans son état définitif, le gage n'était pas sans présenter des inconvénients. Le plus grave était de rendre la chose qui en faisait l'objet, en quelque sorte inutilisée à la fois pour le créancier qui n'avait pas le droit de s'en servir, et pour le débiteur qui ne le pouvait, faute de la détenir.

On eut recours alors à un remède employé déjà, comme nous l'avons vu, en matière de contrat de fiducie, à une location fictive ou à une concession de précaire (L. 22, § 3; L. 35, § 1, Dig., *de Pign. act.;* liv. XIII, tit. 7. — L. 11, Dig., *de Prec.*, liv. XLIII, t. 26).

Cette clause dut même finir par être sous-entendue

dans la pratique, de telle sorte que, lorsqu'un créancier exigeait comme garantie un gage de son débiteur, il était censé lui abandonner la possession de la chose engagée, conservant la faculté de la reprendre en cas de non-paiement à l'échéance.

Il ne restait plus qu'un pas à faire pour arriver à la véritable notion de l'hypothèque. Cette tâche devait être celle du préteur Servius ; mais elle fut d'abord restreinte à une hypothèse particulière.

Dans le cas de location d'un fonds rural, le fermier ne pouvait le plus souvent offrir à son locateur, pour la garantie du paiement de ses loyers, que ses meubles, ses bestiaux ou ustensiles aratoires. Or, prendre ces choses en gage, c'était entraver les travaux du fermier, le mettre dans l'impossibilité de cultiver, en un mot, rendre l'exploitation impossible; d'un autre côté, l'abandon que faisait le propriétaire de ces objets au fermier à titre de précaire, offrait à ce dernier peu d'avantages, puisqu'il pouvait se voir obligé de restituer la possession à la première réquisition.

Pour remédier à cet état de choses, le préteur Servius, sans s'arrêter aux subtilités du droit, admit qu'en vertu d'un simple pacte, le locateur pourrait acquérir un droit réel sur les choses de son fermier, encore bien qu'il n'en eût jamais eu la possession, et, pour l'exercice de ce droit, il créa une action qui s'appela de son nom *actio Serviana*. La commodité et la simplicité de ce procédé ne tardèrent pas à le faire généraliser. On alla même plus loin que n'était allé Servius, dans l'application qu'on en fit à toute

espèce de créance ; ainsi tandis qu'il fallait pour que le droit du locateur portât sur les meubles du fermier, qu'ils fussent introduits sur l'immeuble (L. 11, § 2; Dig., *Quid pot.*, liv. XX, tit. 4), on admit que désormais, pour toute obligation et quelle que fût la chose affectée, l'hypothèque naîtrait d'une simple convention (L. 17, § 2; Dig., *De pact.*, liv. II, tit. 14. — L. 4, Dig., *De pign. et hyp.*, liv. XX, t. 1). Cette convention fut à son tour sanctionnée par l'*actio quasi-serviana* ou *hypothecaria*. Ce dernier nom lui fut donné à cause de son origine grecque. Il y avait longtemps en effet que le pacte d'hypothèque existait dans cette législation, lorsqu'il fut introduit dans la législation romaine.

L'hypothèque une fois admise, le *pignus* n'en continua pas moins à se maintenir, et cela, parce qu'il offrait au créancier l'avantage de la possession avec la ressource des interdits, et le garantissait en fait, lorsqu'il s'agissait d'une chose mobilière, contre tout acte de disposition par lequel le débiteur aurait pu la faire disparaître. Du reste, le *pignus*, qui renfermait tous les éléments de l'hypothèque, dut nécessairement produire les mêmes effets. C'est pour cela que nous lisons dans les textes, qu'entre le *pignus* et l'hypothèque, envisagés comme droits réels, il n'y avait d'autre différence que celle des mots : « *Inter pignus et hypothecam nominis tantum sonus differt* ». (L. 5, § 1, Dig., *De pign. et hyp.*, liv. XX, tit. 1). Et Justinien dans ses Institutes (§ 7, *De act*, liv. IV, tit. 6) dit également : « *Inter pignus et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam*

attinet, nihil interest. » Ainsi, au point de vue de l'action, au point de vue de la fin à laquelle doivent tendre ces deux sortes de garanties, c'est-à-dire de la réalisation, il n'y a aucune raison pour établir entre elles des distinctions.

C'est pour ce motif que nous avons jugé à propos de les confondre dans le titre que nous avons choisi à cette étude.

CHAPITRE PREMIER

A qui appartient le droit de vendre.

Si nous ne nous occupions que du contrat de gage, nous n'aurions pas à nous poser cette question, puisqu'une même chose ne peut être engagée qu'à un seul créancier, qui seul par conséquent a le droit de vendre à défaut de paiement. Il en serait de même encore pour une chose qui ne serait grevée que d'une seule hypothèque. Mais, comme il arrive le plus souvent qu'une même chose est affectée à la garantie de plusieurs créances appartenant à des créanciers différents, il est du plus grand intérêt de savoir auquel de ces créanciers appartiendra le droit de

vendre cette chose et de se payer le premier sur le prix de vente.

C'était évidemment au créancier premier en ordre que devait revenir ce droit. Mais comment déterminer le rang des créanciers? C'est ici que nous trouvons la législation romaine en défaut. En effet, les hypothèques étaient occultes et prenaient naissance par le seul fait de la convention, de sorte que le principe : *prior tempore potior jure*, tout en étant très équitable en théorie, était d'une application bien difficile. Ainsi, lorsqu'on voulait se faire donner une hypothèque, on était obligé de s'en rapporter à la bonne foi du débiteur, et de tenir pour sincère la déclaration qu'il faisait au créancier, que sa chose était libre ou seulement grevée de telle ou telle hypothèque. En cas de fausse déclaration, le débiteur, il est vrai, encourait la peine du stellionat; néamoins, il n'y avait pas là une garantie suffisante pour le créancier, et il arrivait souvent que celui-ci, au moment de vendre, voyait surgir un créancier qui lui était préférable et dont il ignorait l'existence.

L'empereur Léon essaya bien de remédier à cet état de choses, en décidant que celui dont l'hypothèque serait constatée par un acte public, ou par un acte privé signé de trois témoins, primerait tous les autres créanciers même antérieurs en date (L. 11, Cod., *Qui pot. in pign.;* liv. VIII, tit. 18). Mais cette décision ne réussit pas à rendre les hypothèques publiques, et le système hypothécaire qui avait été pourtant si bien conçu, n'arriva jamais dans la législation romaine à une organisation pratique.

Signalons en passant une catégorie d'hypothèques, dites privilégiées, qui passaient avant toutes les autres quelle que fût leur date ; c'était une exception à la règle : « *prior tempore potior jure.* »

En dehors de cette hypothèse, le droit de vendre appartenait donc au créancier dont le titre était le plus ancien, et ce droit, il l'exerçait librement en ne consultant que ses propres intérêts, et sans prendre l'avis des créanciers postérieurs, qui ne pouvaient trouver à redire à l'aliénation par lui faite. Ainsi, pressé de recouvrer le montant de sa créance, dès qu'il croyait que le prix de la vente de la chose hypothéquée dût suffire à le désintéresser, il vendait, sans se soucier d'attendre un moment plus opportun où le produit de la vente aurait pu libérer le débiteur, au moins en partie, à l'égard des créanciers postérieurs.

Ceux-ci étaient donc à la merci du premier créancier, et ils n'avaient même pas, comme dans notre législation, le droit de provoquer la vente. S'ils vendaient eux-mêmes la chose hypothéquée, ne pouvant céder plus de droits qu'ils n'en avaient, ils s'exposaient, au cas où les créanciers viendraient à évincer leur acheteur, à un recours en garantie de la part de ce dernier.

Il était donc nécessaire d'améliorer la situation des créanciers postérieurs, et de leur assurer un droit plus efficace. En conséquence, la loi romaine leur accorda le *jus offerendæ pecuniæ* que Schilling a défini : « le droit en vertu duquel un créancier hypothécaire peut prendre la place d'un autre créancier hypothécaire, ou même, dans certains cas, de celui à qui

la propriété de la chose engagée aurait déjà été transportée, en lui offrant de le désintéresser » (Schilling, *trad.* de Pellat.) Par ce moyen, le créancier se trouvait complètement maître du droit de vendre la chose, sauf, bien entendu, la faculté pour les autres créanciers, d'exercer à leur tour le *jus offerendi.* Mais ce droit appartenait-il même au créancier antérieur vis-à-vis des autres? C'est ce qui semble résulter de la définition de Schilling qui ne distingue pas, et c'est ce qui résulte du reste d'un texte de Paul qui, malgré les nombreuses contestations dont il a été l'objet parmi les auteurs, ne nous paraît point pouvoir laisser de doute à cet égard dans les esprits : « *Novissimus creditor priorem, oblata pecunia qui possessio in eum transferatur, dimittere potest; sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit.* » (*Sent.*, liv. II, tit. 13, § 8). Nous ne croyons point que ce texte soit susceptible d'une autre interprétation que celle que nous lui donnons, et nous ne trouvons du reste aucun passage dans la législation romaine qui la contredise en quoi que ce soit. Au contraire, nous en trouvons la confirmation, notamment dans deux textes, l'un tiré de notre titre 1 au Digeste, l'autre de la loi 5 au Code *Qui pot. in pign.*, liv. VIII, tit. 18.

Mais quels intérêts peuvent donc avoir les créanciers premiers en ordre à exercer le *jus offerendæ pecuniæ?* N'ont-ils pas tous les droits qu'ils peuvent désirer, notamment celui de vendre comme bon leur

semble? Cet intérêt existe pourtant et cela dans plusieurs hypothèses.

Nous le rencontrons d'abord dans la *lex commissoria*, la rubrique même sous laquelle se trouve le texte de Paul que nous venons de citer. Un créancier hypothécaire a après lui un créancier qui détient, à titre de gage, la chose qui lui a été hypothéquée, et qui de plus, a stipulé par un pacte commissoire le droit de conserver la chose en paiement; dans ce cas, le créancier hypothécaire, bien qu'antérieur, aura certainement un immense avantage à se substituer au créancier gagiste, pour recueillir le bénéfice de cette clause. Mais nous verrons plus loin que la *lex commissoria* fut supprimée par Constantin, comme étant un droit exorbitant pour le créancier. Aussi, cette hypothèse n'a plus à être mentionnée qu'à titre historique.

Sans avoir besoin de supposer le pacte commissoire, nous trouvons un intérêt à accorder le *jus offerendæ pecuniæ* à un créancier hypothécaire, dont la créance n'est pas encore échue, contre un créancier gagiste qui vient après lui : c'est de lui permettre d'enlever la chose des mains de ce dernier, et d'empêcher qu'elle ne soit détériorée, qu'elle ne dépérisse même, et que son hypothèque devienne ainsi illusoire.

Le *jus offerendi* est encore un moyen pour le créancier antérieur d'empêcher que sa présence à la convention qui crée le droit d'un créancier postérieur, ne soit interprétée dans le sens d'une renonciation à

son rang hypothécaire au profit de ce nouveau créancier, comme il résulte de la L. 12, § 4, Dig., *Qui potior. in pign.*, liv. XX, tit. 4.

On pourrait citer encore d'autres cas où l'intérêt pour les créanciers hypothécaires antérieurs d'user du *jus offerendi* est évident. En conséquence, l'opinion qui leur refuse ce droit doit être rejetée comme contraire aux textes et aussi comme contraire aux intérêts des créanciers antérieurs.

Pourtant, il faut bien le reconnaître, le Code civil qui a emprunté ce droit à la législation romaine, tout en l'étendant aux simples créanciers chirographaires, a suivi l'opinion que nous venons de combattre, dans l'article 1251 : « La subrogation a lieu au profit de celui qui étant lui-même créancier, paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques. » D'excellents auteurs ont trouvé là une lacune regrettable dans la loi. Qu'il nous suffise de mentionner en passant le nom de M. Demolombe dont nous n'avons point à justifier l'autorité.

Cette restriction est d'autant plus inexplicable, qu'il y a dans notre droit un motif de plus pour admettre tous les créanciers, sans distinction de rangs, à exercer les uns à l'égard des autres la subrogation. Tous en effet, contrairement à ce qui existait dans la législation romaine, ont le droit de provoquer la vente, aussitôt que leur créance est exigible; d'où il résulte que la chose qui fait l'objet du gage commun peut être vendue dans des conditions tellement défavorables, que le prix suffise à peine à

désintéresser le premier créancier lui-même. Il y aurait donc bien certainement intérêt pour lui à écarter le créancier postérieur, pour attendre une époque plus favorable à la vente; et l'exercice du droit de subrogation était un moyen très efficace de parvenir à ce but. Mais le législateur a envisagé la question à un autre point de vue, et il a pensé que le danger d'une vente intempestive ne pouvait exister qu'à l'égard des créanciers postérieurs, que le prix d'adjudication suffirait toujours au moins à désintéresser le premier créancier, et qu'en conséquence, celui-ci n'ayant aucun risque à courir, n'avait pas besoin d'être protégé.

Le *jus offerendæ pecuniæ* ne s'exerce-t-il que contre un créancier hypothécaire? Et d'abord, peut-il s'exercer dans tous les cas contre un créancier hypothécaire, par exemple, lorsque celui-ci a acheté la chose du débiteur ou l'a reçue de lui à titre de *datio in solutum?* Nous répondons affirmativement à cette question en nous appuyant sur deux textes : l'un tiré de notre titre (L. 5, § 1, Dig.), l'autre qui accorde dans ce cas le *jus offerendi*, même contre un créancier premier en ordre : « *Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit.....* » (L. 1, *Si antiq. cred.*, liv. VIII, tit. 20, Cod.).

On nous objectera peut-être que l'effet de la vente d'une chose hypothéquée est de purger les hypothèques. Cela est vrai sans doute lorsque cette vente est faite par le créancier premier en ordre, mais ici, elle est faite par le débiteur. Il est vrai qu'elle ne

peut l'être qu'avec le consentement du créancier; mais l'analogie n'existe pas, et nous verrons que l'effet dont il s'agit, à savoir la purge des hypothèques, ne peut résulter que d'une vente faite par le créancier *jure pignoris* et encore sous certaines conditions que nous indiquerons.

On nous dira encore que la vente, en rendant le créancier propriétaire, lui fait perdre sa qualité de créancier hypothécaire, en vertu du principe qu'on ne peut avoir d'hypothèque sur sa propre chose (L. 45 pr., Dig. *De reg. juris*, liv. L, tit. 17), et que, dans ce cas, il ne peut être question de lui enlever, au moyen du *jus offerendæ pecuniæ*, un rang qu'il n'a plus. Cette objection est pour nous sans valeur. En effet, lorsque ces deux qualités incompatibles se réunissent dans la même personne, cette confusion a plutôt pour résultat de paralyser l'exercice du droit hypothécaire que de l'éteindre. Du reste le créancier hypothécaire devenu propriétaire, pourrait encore, si cela était nécessaire, invoquer son droit contre son débiteur, comme plusieurs textes en font foi. (L. 17, Dig. *Qui pot. in pign.*, liv. XX, tit. 4. — L. 30, § 1, Dig. *De exc. rei judicatæ*, liv. XLIV, tit. 22. — L. 3, Code, *De his qui in prior.*, liv. VIII, tit. 19).

Or, si l'hypothèque peut encore produire des effets en faveur du créancier acquéreur, elle doit de même pouvoir en produire contre lui, ce qui revient à dire que les créanciers hypothécaires peuvent toujours exercer le *jus offerendi*.

Mais le *jus offerendi* n'est pas seulement donné contre un créancier hypothécaire, la loi 5 de notre titre au Digeste, déjà citée, accorde le même droit contre le fidéjusseur qui a garanti la dette hypothécaire, lorsque, poursuivi par le premier créancier, il a obtenu *officio judicis*, que la chose lui fût attribuée à titre de vente. Les créanciers postérieurs peuvent alors exercer contre lui le *jus offerendæ pecuniæ* en lui remboursant le prix et les intérêts du jour de la vente. Papinien, dans la loi 2 de notre titre, donne la raison de cette décision : « *Nam hujusmodi venditio transferendi pignoris causa, necessitate juris fieri solet.* » Si le fidéjusseur s'est fait remettre la chose, ce n'est pas pour en devenir propriétaire, mais seulement pour s'assurer le recouvrement de ses avances. On ne comprendrait donc pas pourquoi il ne serait pas soumis à l'exercice du *jus offerendi*, qui seul peut lui donner satisfaction complète.

Ce droit peut encore être exercé contre celui qui a acheté le gage du débiteur sans le consentement du premier créancier, bien que le prix ait été employé à le désintéresser, et que ce tiers acquéreur se soit trouvé par là subrogé dans ses droits. Les créanciers postérieurs qui, dans ce cas, peuvent croire que la valeur de la chose hypothéquée est supérieure au prix de vente, offriront à l'acheteur la somme qu'il a payée au premier créancier et les intérêts du temps intermédiaire. On ne pouvait en effet admettre que le débiteur pût porter atteinte aux droits des créanciers postérieurs, ce qui serait arrivé si l'on avait refusé à

ces derniers l'exercice du *jus offerendi*. Cette décision du reste nous est fournie par la loi 3, § 1 de notre titre au Digeste.

Toutefois les conditions d'exercice du *jus offerendæ pecuniæ* ne sont pas les mêmes vis-à-vis d'un créancier ou vis-à-vis d'un tiers acquéreur. Lorsqu'on l'exerce contre un créancier, il faut lui rembourser tout ce qu'il pouvait exiger de son débiteur, mais seulement ce qui était garanti par le gage.

Lorsqu'on agit au contraire contre un tiers acquéreur, il faut alors le rendre complètement indemne, et lui rembourser tout ce qu'il a dépensé pour l'acquisition de la chose, en capital et intérêts. En cas de refus de sa part de recevoir cette somme, une consignation valablement faite vaut paiement.

Disons maintenant en deux mots quels sont les effets de cette opération. L'*accipiens*, c'est-à-dire celui contre qui s'exerce le *jus offerendi*, voit sa créance éteinte. A la place de cette créance, en vertu de la gestion, en naît une autre en la personne du *solvens*, et à cette nouvelle créance vient se rattacher *ipso jure* l'hypothèque qui garantissait la première, sans qu'il soit besoin d'une cession.

Cette substitution ne saurait nuire en aucune manière ni au débiteur dont la situation n'est nullement changée, ni aux créanciers postérieurs qui conservent la faculté d'écarter le *solvens* par les mêmes moyens.

Le *jus offerendi* peut s'exercer *omisso medio*, c'est-à-dire même contre un créancier qui ne précède pas

immédiatement le *solvens;* mais il va sans dire que la subrogation ne vaut que jusqu'à concurrence de la somme déboursée par ce dernier pour désintéresser l'*accipiens*, de manière à ce que la situation du créancier intermédiaire ne soit en rien changée. Supposons, par exemple, trois créanciers hypothécaires de la même somme; si le troisième vient à exercer contre le premier, le *jus offerendæ pecuniæ*, il acquiert une nouvelle créance avec une hypothèque primant le second créancier, mais, quant à son ancienne créance, il reste comme auparavant au troisième rang. (L. 16. *Qui pot. in pign.* Dig., liv. XX, tit. 4).

CHAPITRE II

Des conditions nécessaires pour exercer le droit de vendre.

Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit en commençant des conditions dans lesquelles s'exerçait le droit de vendre, en matière de contrat de fiducie et de gage, avant l'invention de l'hypothèque. Nous dirons seulement un mot d'un pacte important que nous n'avons fait que mentionner : la *lex commissoria*, en vertu de laquelle le créancier

gagiste, non payé à l'échéance, avait le droit de conserver la propriété de la chose engagée. Il est facile de comprendre combien cette clause était défavorable au débiteur; en effet, elle permettait aux créanciers d'exploiter la situation d'un débiteur malheureux, qui, pressé par le besoin d'argent et croyant pouvoir se libérer à temps, consentait à une convention le plus souvent désastreuse pour lui, car la valeur de la chose engagée était presque toujours supérieure au montant de la créance. Il était donc nécessaire de prohiber un pacte qui donnait lieu à des spéculations scandaleuses. C'est ce que fit Constantin dans une de ses constitutions restée pour cela à jamais célèbre (L. 3. Cod. *De pact. pign.*, liv. VIII, tit. 35). Certains auteurs, Doneau et Troplong entr'autres, ont prétendu que la *lex commissoria* avait été l'objet de prohibitions antérieures. Mais nous ne trouvons aucun texte dans la législation romaine qui confirme cette prétention. Au contraire, plusieurs passages établissent nettement la validité de ce pacte à l'époque de Constantin (*Fragm. Vat.*, § 9. — L. 81, pr. Dig., liv. XVIII, tit. 1), ce qui prouve que c'est vraiment lui qui l'a aboli, d'autant plus qu'il déclare donner à sa Constitution un effet rétroactif, pour effacer, dit-il, jusqu'au souvenir de cette convention dangereuse.

Toutefois nous ne parlons que du pacte qui serait renfermé dans le contrat de gage même, ou qui, bien que passé *ex intervallo*, serait assez rapproché de la convention pour conserver son véritable caractère.

Mais si, au moment de l'échéance ou peu de temps

auparavant, le débiteur, certain de ne pouvoir payer, convient avec son créancier que celui-ci demeurera propriétaire de la chose engagée moyennant l'extinction de l'obligation, il n'y aurait pas là un pacte commissoire, et la convention devrait être respectée.

On conviendrait même valablement par le contrat de gage, que le créancier conserverait la chose à titre d'acheteur, à défaut de paiement à l'échéance, moyennant un prix dont l'estimation serait faite à cette époque, et qui s'imputerait sur la dette (L. 16, § 9. Dig. *Quæ res pign.*, liv. XX, tit. 1).

Mais occupons-nous maintenant des conditions proprement dites que doit remplir le créancier pour être en droit d'exercer la *distractio*.

Et d'abord la créance doit remplir certaines qualités.

Il faut qu'elle soit échue et exigible.

L'hypothèque en effet n'étant qu'un contrat de garantie accessoire d'une créance sans laquelle elle ne saurait exister, ne peut produire d'effet qu'autant que celle-ci est elle-même susceptible d'en produire, c'est-à-dire lorsque l'échéance de la dette est arrivée.

Donc, si la créance est à terme, le créancier doit attendre pour exercer son droit de vente que le dernier jour du terme soit écoulé. Si le terme est prorogé par une convention, il ne peut agir avant l'expiration des délais convenus. C'est ce qui résulte de la L. 4 de notre titre au Digeste.

La créance est-elle conditionnelle? le créancier devra attendre la réalisation de la condition. En effet jusque-là rien n'est dû, et par conséquent aucune

poursuite ne peut être exercée. « *Dicendum est ante conditionem non recte agi cum nihil interim debeatur.* » (L. 13, § 5, Dig. *De pign.*, liv. XX, tit. 1.)

Il va sans dire qu'il faut également pour que le créancier ait le droit de vendre, que la dette n'ait pas été acquittée. Toutefois un paiement partiel ne peut faire obstacle à la vente : c'est là une des principales applications du caractère d'indivisibilité de l'hypothèque. Tant qu'il est dû quelque chose, la chose hypothéquée reste tout entière affectée à la garantie de cette fraction de la dette ; de même que chacune des parties de l'objet engagé répond de la totalité de la dette.

Sans parler du cas le plus ordinaire d'un seul créancier qui aurait reçu une portion de sa créance, disons deux mots de l'hypothèse que prévoit la loi 1 au Code (*Si un. ex plur. hered.*, liv. VIII, tit. 32). Un créancier vient à mourir laissant plusieurs héritiers ; sa créance leur est transmise, et en même temps le droit de vendre la chose affectée à sa garantie. La créance se divise entre les héritiers, mais, l'hypothèque restant indivisible, si l'un d'eux vient à recevoir sa part, les autres n'en conserveront pas moins le droit de vendre la chose tout entière.

Toutefois Ulpien apporte une condition à l'exercice de ce droit : il oblige le créancier qui veut vendre à offrir au débiteur ce qu'il a payé à son cohéritier. (L. 11, § 4, Dig. *De pign. act.*, liv. XIII, tit. 7).

Mais, il faut le reconnaître, cette obligation ne se conçoit bien que si l'on rattache la décision d'Ulpien à l'époque où existait la fiducie.

Lorsqu'il s'agit d'une dette à plusieurs échéances, les parties peuvent convenir que le gage hypothécaire ne pourra être vendu qu'après l'expiration de tous les termes, c'est-à-dire lorsque la dette sera entièrement exigible. Mais alors il suffira qu'un seul terme n'ait pas été payé pour que le créancier ait le droit de vendre.

On peut convenir au contraire dans le même cas que le créancier aura le droit de vendre au fur et à mesure des échéances (L. 8, § 3, Dig. *De pign. act.*, liv. XIII, tit. 7). Il n'y a d'ailleurs dans toutes ces questions qu'à interpréter purement et simplement la volonté des parties.

Dans tous les cas, il résulte de ce que nous venons de dire que le paiement de la dette n'empêche le créancier de poursuivre la vente qu'autant qu'il est complet et que rien ne reste dû.

A ce propos, une question se pose dans le cas où le créancier se refuse à recevoir le paiement. L'offre faite par le débiteur de cette somme, suivie de la consignation, équivaut-elle à un paiement? La loi 8 de notre titre au Code, ne semble laisser aucun doute à cet égard : « *Si priusquam distraheretur pignorata possessio, pecuniam creditori obtulisti, eoque non accipiente, facta contestatione eam deposuisti, et hodie quoque in eadem causa permanet, pignoris distractio non valet.* »

Ainsi il résulte de ce texte que si le créancier procède à la vente malgré les offres qui lui ont été faites, la vente est nulle; mais il faut pour cela que les offres soient sérieuses, et que la somme due soit con-

signée en capital et intérêts ; c'est ce que décide, du reste, un autre texte du Code (L. 2, *Debit. vendit. pign.*, liv. VIII, tit. 29).

Que décider dans le cas où un créancier avait contre le même débiteur, deux créances distinctes dont une seule était garantie par un gage hypothécaire? En supposant cette dernière éteinte par un paiement, le créancier avait-il le droit de conserver la chose pour assurer le paiement de l'autre dette? Un rescrit de Gordien l'admet formellement, et sanctionne même ce droit en permettant au créancier de repousser par l'exception de dol l'action du débiteur qui demanderait la restitution de son gage (L. 1, Cod. *Etiam ob. chir.*, liv. VIII, tit. 27). Toutefois ce droit n'était pas sans limites : ainsi, il ne pouvait être invoqué, par exemple, pour une créance qui était elle-même garantie par un autre gage ; pas plus que dans le cas où deux obligations ayant été contractées en même temps, une d'elles seulement reposant sur un gage, et celle-ci venant à être éteinte par un paiement, il ne pouvait être question de donner le droit de rétention pour l'autre obligation (L. 11, § 3, Dig. *De pign. act.*, liv. XIII, tit. 7). Enfin si le droit de rétention était admis contre le débiteur, c'est que celui-ci, en réclamant sa chose alors qu'il savait être tenu d'une nouvelle dette envers le créancier, commettait un véritable dol ; au contraire, vis-à-vis d'un second créancier hypothécaire, ou en général de tout tiers intéressé, cette même raison n'existait pas ; il ne

pouvait donc se prévaloir à leur égard du droit de rétention.

Le rescrit de Gordien, que nous avons mentionné plus haut, n'exige pas que la créance pour laquelle peut être donné le droit de rétention, soit antérieure à la constitution du gage. Il ne résulte pas non plus de ses termes que cette créance doive nécessairement être devenue exigible avant le paiement de la dette gagée. Ces conditions sont au contraire formellement exigées par l'art. 2082 du Code civil, qui a organisé, au profit du créancier gagiste, un droit de rétention analogue.

Suffisait-il pour que le créancier eût le droit de vendre, que sa créance fût exigible et non payée, ou bien était-il nécessaire qu'elle fût également liquide? nous ne le croyons pas, et pour décider ainsi nous nous appuyons sur un texte du Code déjà mentionné (L. 2, *Deb. vend. pign.*, liv. VIII, tit. 29), d'où il résulte que le débiteur ne peut empêcher la vente que par un paiement intégral ou une offre réelle suivie de consignation. En dehors de ces deux cas, toute dénonciation faite par le débiteur devait rester sans effet. Mais il fallait du moins pour que l'exercice du *jus distrahendi* fût possible, que la chose ne fût pas l'objet d'un procès, autrement qu'elle ne fût pas litigieuse. On a pu se demander si une contestation soulevée par le débiteur au sujet de la liquidité de la créance devait suffire pour obliger le créancier à obtenir une sentence contre lui pour pouvoir vendre valablement. Or la loi 1 au Code (*De litig.*,

liv. VIII, tit. 37) est formelle sur ce point : « *Cum creditor pignus vendit non potest videri litigiosæ rei emptio contrahi, etsi debitor interdicat, ne venditio perficiatur.* » D'où l'on peut conclure que, le caractère litigieux ne pouvant résulter que de la *litis contestatio* intervenue dans un procès intenté par le débiteur, si une vente avait lieu dans ces circonstances, alors seulement elle devait être annulée.

Cujas a cru pourtant trouver une exception dans la loi 5 de notre titre au Code. Ainsi d'après lui lorsqu'un débiteur ne devait plus qu'une partie de la créance, et qu'il demandait à venir en compte, offrant le reliquat qu'il serait jugé devoir par un arbitre, cette simple offre de la part du débiteur devait suffire pour empêcher la vente, bien qu'en principe la liquidité ne fût pas exigée. Mais pour nous cette conséquence ne saurait résulter de cette loi qui nous paraît devoir être entendue autrement.

Un procès est pendant devant un arbitre chargé de déterminer le reliquat que le débiteur s'est déclaré prêt à payer. Pendant cette instance, ou même après que le débiteur a offert et déposé le reliquat fixé, le créancier a livré la chose ; or, dans cette hypothèse, il est évident que l'aliénation ne pouvait enlever au débiteur son droit de propriété, et nous ne voyons point en quoi cette solution dérogeait à notre principe.

Nous avons dit que l'hypothèque supposait nécessairement pour exister une obligation principale. Mais cette obligation peut-elle être simplement une obligation naturelle? Il faut pour répondre à cette question

établir des distinctions. On peut classer les obligations naturelles, au point de vue de leurs effets, en deux grandes catégories.

La première comprend les obligations qui ne sont susceptibles de produire des effets que par suite de la volonté du débiteur qui vient à les exécuter, alors que la loi le protège et qu'il ne peut exister contre lui aucun moyen de contrainte, même indirect. Il est évident qu'il ne saurait être question ici d'un droit de gage ou d'hypothèque valable pouvant conduire à une exécution forcée. Telle est, par exemple, l'obligation du fils de famille tombant sous le coup du S. C. Macédonien, ou encore celle du débiteur absous par erreur du juge, ou du débiteur dont la dette est prescrite.

Mais les obligations naturelles les plus importantes sont celles qui existent en raison avec un caractère aussi obligatoire que les obligations civiles, mais auxquelles il n'a pas été donné de sanction comme à celles-ci par suite de l'organisation de la société ou de la famille romaine, qui, en un mot, ne sont pas munies d'action. Telles sont les obligations qui prennent naissance entre le maître et l'esclave, le père de famille et le fils, et celles qui viennent d'un pacte nu. Ces obligations, à défaut d'action, seront susceptibles d'exécution forcée, dès lors qu'il existera un moyen de contrainte quelconque, et ce moyen, le gage peut le fournir. Ainsi supposons un *mutuum* (c'est le cas prévu par la loi 5, § 2, au Digeste, *De solut. et liberat.*, liv. XLVI, tit. 3) : le prêteur reçoit un gage de l'emprunteur, et par un

pacte nu il stipule des intérêts ; s'il n'est pas remboursé à l'échéance, il fera vendre le gage, et imputera le prix, non seulement sur le capital, mais encore sur les intérêts. Il pourra même exercer son droit de vendre uniquement pour se payer des intérêts dus en vertu du simple pacte.

Si en principe une hypothèque ne peut exister sans une obligation principale, on peut toutefois trouver des cas où elle survit à l'action personnelle née de l'obligation. Cette proposition est même celle de la loi 2 (Cod. *De luit. pign.*, liv. VIII, t. 31), laquelle est du reste expliquée par la loi précédente. Un débiteur gagiste laisse plusieurs héritiers dont l'un paye sa portion de dette, et se voit par là déchargé de l'action personnelle qui s'est divisée entr'eux, mais il n'éteint pas l'hypothèque pour sa part, et cela à cause du principe d'indivisibilité, de sorte que, tant que la dette ne sera pas intégralement payée, le créancier pourra vendre la chose engagée tout entière, sauf, bien entendu, à imputer sur le prix ce qu'il a reçu de l'un des héritiers.

L'hypothèque survit donc contre ce dernier à l'obligation principale, « *vincula pignoris durare personali actione submota.* » Donc, s'il est vrai de dire que l'accessoire doit suivre le principal, c'est, comme dit Cujas, en ce sens que le droit de gage ou d'hypothèque ne peut être constitué qu'autant que l'obligation principale qu'il garantit vaut *ab initio*, mais ce n'est pas à dire que, si cette obligation, valable à l'origine, vient ensuite à s'éteindre, le gage aura nécessairement le même sort.

Il arrivera plus souvent encore que l'obligation principale survivra au droit d'hypothèque, par exemple, lorsque la chose engagée viendra à périr ou encore lorsque l'hypothèque n'aura été constituée que pour un certain temps.

Après avoir dit quelles sont les qualités que doit remplir la créance pour donner le droit de vendre à celui qui la possède, examinons en quelques lignes, quelles sont les conditions nécessaires à l'hypothèque elle-même.

Il faut que l'hypothèque ait été valablement constituée, et pour cela le constituant doit être propriétaire de la chose hypothéquée et capable de l'aliéner. Il est essentiel qu'il soit propriétaire de la chose engagée au moment de la convention : toute constitution d'hypothèque qui a pour objet la chose d'autrui est de nul effet. Cette conséquence, qui est contraire en somme à ce qui existe en matière de vente, provient de la nature même de l'hypothèque. Les jurisconsultes ont admis cependant quelques exceptions à ce principe absolu. Nous mentionnerons notamment un texte de Papinien, d'où il résulte que l'hypothèque peut être valablement constituée sur un bien dont le constituant acquiert plus tard la propriété (L. 1, pr. *De pign. et hyp.*, liv. XX, tit. 1), et un autre de Paul, qui traite de l'hypothèse où le propriétaire de la chose devient l'héritier du constituant (L. 41, *De pign. act.*, liv. XIII, tit. 7). Ajoutons toutefois que, dans de tels cas, l'action hypothécaire ne sera qu'une action utile, car elle est donnée en dehors des principes.

De plus, il faut, avons-nous dit, pour que l'hypo-

thèque puisse produire ses effets, que le constituant ait été capable d'aliéner. Quant à la question de savoir dans quels cas un propriétaire peut ou ne peut pas aliéner, c'est un point qui comporte d'assez longs développements et qui ne saurait entrer dans le cadre restreint que nous nous sommes tracé.

Mais la chose que l'on veut hypothéquer peut par elle-même ne pas être susceptible d'être vendue, et il est évident qu'une telle chose, qu'elle soit corporelle ou incorporelle, ne peut être l'objet d'un gage ou d'une hypothèque, puisqu'elle ne saurait être réalisée. Mais une question que nous devons résoudre, c'est celle de savoir si, lorsque la chose deviendra inaliénable dans la suite, le créancier n'aura pas plus le droit de poursuivre son paiement sur cette chose que si elle eût été inaliénable dès le début, c'est-à-dire au moment de la constitution. Ainsi, par exemple, c'est un immeuble qui a été constitué en dot, et l'on sait que la loi *Julia De adulteriis* déclare le fonds dotal inaliénable ; ou bien encore, c'est un *prædium rusticum vel suburbanum,* ou même un *prædium urbanum,* ou certains meubles précieux que des constitutions des empereurs Septime Sévère, Caracalla et Constantin ont déclaré devenir inaliénables lorsqu'ils entrent dans le patrimoine d'un pupille (L. 22, Code *De adm. tut.*, liv. V, tit. 37).

Dans toutes ces hypothèses, bien que la chose fût en principe inaliénable, l'hypothèque n'en subsistait pas moins avec le droit de vente : sans cela l'inaliénabilité aurait eu pour effet de frustrer le créancier de son droit de réaliser son gage, or nous voyons que Sep-

time-Sévère fait formellement exception, dans les cas précités, au principe d'inaliénabilité.

CHAPITRE III

Des formes de la vente et des obligations du créancier vendeur.

Nous avons dit que le premier créancier hypothécaire seul avait le droit de vendre, et cela sans s'occuper des créanciers postérieurs. De plus, il n'avait pas besoin, comme dans notre législation, de s'adresser à la justice, pas plus qu'il n'était soumis à la nécessité d'une vente aux enchères publiques; mais une simple vente à l'amiable lui était permise (L. 3, § 1, Code *De jur. dom. impetr.*, liv. VIII, tit. 34).

Toutefois la loi romaine dut bien reconnaître qu'il ne fallait pas laisser le débiteur sans protection; elle ne pouvait en effet souffrir que ses droits fussent complètement sacrifiés à l'intérêt du créancier. Aussi, outre qu'elle n'autorisait le créancier à vendre qu'au cas où il n'avait pu obtenir un paiement volontaire, elle organisait un ensemble de formalités auxquelles le créancier ne pouvait se soustraire, lorsqu'il voulait procéder à la vente.

Mais avant d'étudier ces formalités, examinons les conditions particulières auxquelles le droit de vendre a pu être subordonné par une convention intervenue entre les parties.

D'abord, comme nous l'avons dit en commençant à propos du gage, les parties peuvent, dans la constitution même de l'hypothèque, avoir prohibé la vente en insérant dans la convention le pacte *de non vendendo*. Nous avons mentionné les effets de cette clause, et nous savons que dans le dernier état du droit elle n'avait nullement pour résultat de supprimer le *Jus distrahendi*, mais seulement de mettre le débiteur à l'abri d'une exécution inopinée, en obligeant le créancier à lui faire trois dénonciations avant de procéder à la vente (L. 4. Dig. *De Pign. act.*, liv. XIII, tit. 7).

Il se pouvait encore que le créancier et le débiteur, prévoyant le cas où la dette ne serait pas acquittée, eussent réglé expressément par une clause accessoire les formalités même de la vente. Dans ce cas, la convention faisant la loi des parties, celles-ci devaient se conformer aux dispositions qu'elles avaient prises. On peut faire rentrer dans cette hypothèse la clause qui permettait expressément au créancier de vendre la chose aussitôt après l'échéance, sans aucun délai et sans qu'il fût tenu à aucune dénonciation.

Le plus souvent dans la pratique et surtout dans le dernier état du droit, le contrat était muet sur la question de la vente. C'était le droit commun. Le créancier, bien qu'il eût le droit de vendre, ne pouvait l'exercer sans observer certaines formalités. Ainsi il devait signifier au débiteur son intention d'user du

jus distrahendi, afin que celui-ci pût se tenir sur ses gardes, et, au cas où il ne pouvait se libérer, qu'il fût mis à même de se préoccuper d'attirer des acheteurs, et enfin de surveiller la conduite du créancier dans les opérations de la vente. Mais le créancier pouvait-il se borner à une seule dénonciation, ou bien au contraire était-il tenu d'en faire trois successives, voilà un point sur lequel les auteurs restent en désaccord, faute de textes précis à cet égard.

D'après Schilling, trois dénonciations étaient nécessaires ; Vinius et Cujas prétendent qu'une seule dénonciation était pleinement suffisante. Ni l'une ni l'autre de ces deux solutions ne nous paraît satisfaisante, et nous inclinons à penser avec Pellat qu'il faut avant tout rechercher quelle a pu être l'intention des parties, et admettre la distinction que fait la loi 3 (Dig., *Quæ res pign.*, liv. XX, tit. 3). Ainsi on peut voir dans le silence des parties, ou bien un simple oubli, ou bien l'intention de prohiber la vente.

Dans la première hypothèse comme dans le cas où la vente est expressément autorisée par la convention, aucune dénonciation n'est exigée. Dans le second cas, au contraire, il faut trois dénonciations comme lorsque la vente est prohibée par le contrat. Toutefois plusieurs autres textes n'admettent pas de distinction et soumettent le créancier dans tous les cas à l'obligation d'un avertissement (L. 4, n. t. — L. 10, Code *De pignor. et hyp.*, liv. VIII, tit. 14). Aussi tout en nous prononçant en théorie pour le système de Pellat, nous croyons que c'était une sage précaution de la part du créancier de prévenir dans tous les cas son débiteur ;

car, comme nous allons le voir, il était tenu d'agir de bonne foi avec ce dernier.

Ce n'étaient pas là les seules formalités exigées : la vente devait être encore annoncée publiquement par des affiches, et le créancier devait attendre un an avant de procéder à la vente. Sans doute le droit de vendre du créancier n'était pas précisément subordonné à cette condition, mais son inobservation entraînait contre lui la présomption de fraude.

Justinien, dans une de ses constitutions (L. 3, § 1 Cod. *De jur. dom. impetr.*, liv. VIII, tit. 34), mentionne cette publication *proscriptio publica*, et le délai d'une année dont nous venons de parler *annus luitionis*, comme ayant existé avant lui, et constate que ces formalités sont tombées en désuétude. Il établit par cette même constitution de nouvelles règles relativement à l'exercice du droit de vendre, pour le cas où il ne serait intervenu aucune convention sur ce point entre les parties. Il veut que le créancier ne puisse aliéner son gage que deux ans après une dénonciation par lui faite au débiteur, ou sur une sentence du juge. Quant à la nécessité d'une triple dénonciation dans le cas de clause prohibitive de la vente, comme Justinien n'en parle pas, on peut en conclure qu'elle subsistait encore.

Ces conditions une fois remplies, le créancier n'a plus d'autres obligations que celle d'agir *bona fide*, c'est-à-dire loyalement, comme le ferait un bon père de famille dans la direction de ses propres affaires. « *Sibi bona fide rem gerere.* » Il est tenu, en un mot, de respecter les intérêts de son débiteur, autant, bien entendu qu'ils ne sont pas incompatibles avec les

siens propres. Du reste, comme nous l'avons dit, il est absolument libre de choisir le moment qu'il lui plaira pour vendre, et cela, quand même il serait défavorable, sans encourir de la part du débiteur aucune répréhension. Il est également le maître, lorsque son hypothèque porte sur plusieurs objets, de vendre d'abord celui qu'il lui convient.

Il y a exception toutefois pour le cas où, ayant une hypothèque spéciale sur certains biens de son débiteur, il se fait consentir ensuite par ce dernier une hypothèque générale. Dans ce cas, il doit, pour agir *bona fide*, commencer par vendre les biens spécialement affectés à la garantie de sa créance, et c'est au cas d'insuffisance seulement, qu'il pourra poursuivre la vente des autres biens (L. 9, Cod. de notre titre.) Du reste, dans tous les cas, le créancier, pour se conformer à son obligation de bonne foi, alors que son intérêt ne détermine pas spécialement une chose hypothéquée plutôt qu'une autre pour être immédiatement vendue, doit, comme nous l'avons déjà dit, agir dans le sens le moins préjudiciable au débiteur.

Arrivons maintenant à la vente. A la suite de la publicité dont nous venons de parler, et à l'expiration des délais que le créancier est tenu de laisser s'écouler, une fois sa dénonciation faite, il devra la plupart du temps se présenter des amateurs pour acquérir l'immeuble. Dans ce cas, le créancier aboutira à la véritable réalisation de son gage hypothécaire. Il va sans dire que l'acquéreur ne peut être qu'un tiers. Ce ne peut être dans tous les cas le débiteur qui est déjà propriétaire et qui conserve cette qualité encore bien

que la chose soit vendue par le créancier. Il ne peut donc se rendre acquéreur d'une chose dont il a la propriété. Une pareille acquisition serait absolument sans valeur. « *Debitor a creditore pignus, quod dedit frustra emit, cum rei suæ nulla emptio sit.* » (L. 40. D. *De pign. act.*, liv. XIII, tit. 7).

Mais il peut se faire que le créancier ne trouve pas d'acquéreur ; alors quels seront pour lui les moyens d'arriver à se faire désintéresser? On conçoit en effet qu'une semblable situation, si elle devait se prolonger, serait désastreuse pour le créancier aussi bien que pour son débiteur. Il était donc nécessaire d'y remédier dans l'intérêt de l'un et de l'autre. Toutefois, comme il s'agissait de prendre en considération deux intérêts complètement opposés, l'intervention de l'autorité dut être jugée indispensable. Justinien, dans la constitution dont nous avons parlé plus haut (L. 3, Cod. *De jure domin. impetr.*, liv. VIII, tit. 34), établit un droit exceptionnel au profit du créancier qui se trouvait dans l'impossibilité de vendre, faute d'acheteurs. Il l'autorisait à s'adresser à l'empereur et à solliciter de lui un rescrit qui lui adjugeât la chose hypothéquée. C'est ce qu'on appelait la *Dominii impetratio*. Ce droit existait déjà, il est vrai, dans le droit classique; un texte du Digeste (L. 63, § 3, *De acq. rer. dom.*, liv. XLI, tit. 1), en fait foi. Mais la constitution de Justinien l'a considérablement modifiée et établie définitivement.

Ainsi le créancier devait faire une dernière sommation au débiteur de payer sa dette. Alors seulement, à défaut de paiement, il pouvait s'adresser au prince

pour obtenir la propriété de la chose engagée ; néanmoins le débiteur conservait encore pendant deux ans la faculté de reprendre son bien en acquittant sa dette, et c'était seulement à l'expiration de ce laps de temps que le créancier devenait irrévocablement propriétaire de son gage. Avant Justinien, le délai n'était que d'un an.

Il est évident toutefois que le créancier ne pouvait exiger de son débiteur plus qu'il ne lui était dû. Il ne devait obtenir la propriété de la chose entière que si sa valeur était égale ou inférieure au montant de sa créance. Dans le cas où elle était supérieure, la propriété de la chose ne lui était dévolue que jusqu'à concurrence de la somme due, le surplus restant au débiteur.

Tout ce que nous avons dit jusqu'ici du créancier s'applique à son héritier auquel le pouvoir de vendre passe naturellement avec la créance. Nous avons vu que par suite du principe d'indivisibilité de l'hypothèque, même après le désintéressement de l'un des héritiers, le droit de vendre la chose tout entière subsistait encore au profit des cohéritiers restés créanciers pour leur part. Nous ne reviendrons pas sur les règles établies sur ce point par Ulpien.

Mais il y a une combinaison particulière qui sera souvent employée dans le partage et qui fait l'objet de la loi 14 de notre titre au Digeste. Nous ne pouvons la passer sous silence.

Un créancier ayant contre trois débiteurs différents, trois créances de 12, garanties chacune par un gage, meurt laissant trois héritiers qui viennent à sa suc-

cession chacun pour un tiers. Par l'effet de l'indivision, chaque héritier aura trois débiteurs de 4 au lieu d'avoir un seul débiteur de 12. Mais ils pouvaient se céder entre eux, au moyen de la *procuratio in rem suam*, leurs parts respectives contre deux des débiteurs, et alors chaque héritier devenait créancier d'un seul débiteur de 12, savoir : pour un tiers à titre héréditaire et pour deux tiers à titre de cessionnaire. Le juge de l'action *familiæ erciscundæ* pouvait, en vertu de son pouvoir d'attribution, arriver au même résultat. Dans l'un comme dans l'autre cas, chaque héritier avait le droit, à défaut de paiement à l'échéance par le débiteur qui lui avait été assigné, de vendre en totalité le gage affecté à la créance.

Jusqu'à présent nous n'avons pas distingué si la chose qu'il s'agissait de vendre était l'objet d'un gage ou d'une hypothèque. Nous avons dit, il est vrai, en commençant, qu'au point de vue du droit de vente, ces deux contrats étaient complètement assimilables. Pourtant la situation d'un créancier gagiste diffère de celle d'un créancier hypothécaire au point de vue de la possession de la chose engagée. Le premier, en effet, a ce privilège de plus sur le second, qu'il détient son gage, et dans tout ce que nous venons de dire nous avons supposé que la chose à vendre était entre les mains du créancier, hypothèse qui se présentait bien rarement lorsque ce dernier était un créancier hypothécaire.

Donc si nous supposons le cas le plus fréquent, celui où le créancier n'a pas la chose en sa possession,

il est nécessaire d'indiquer les moyens qui peuvent lui être donnés pour se la procurer. Et d'abord le créancier a la faculté de vendre sans avoir la possession. Il cède alors son action à l'acquéreur. « *Creditor qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet, et si pignus possidet tradere utique possessionem.* » (L. 13. Dig. n. t.) Nous trouvons ailleurs encore le même droit mentionné (L. 12. Dig. *De div. temp. præscr.*, liv. XLIX, tit. 3).

S'il veut acquérir la possession, plusieurs voies lui sont ouvertes. Il a d'abord l'action quasi-servienne ou hypothécaire, et à propos de cette action, nous devons signaler en passant une différence entre le créancier gagiste et le créancier hypothécaire. Au premier, elle est donnée même avant l'échéance de la dette (L. 14 pr. Dig., *De pign. et hyp.*, liv. XX, tit. 1); le second, au contraire, ne saurait l'exercer que lorsque la créance est échue.

Dans tous les cas, cette action pouvait être exercée contre tout détenteur de la chose engagée, mais certaines exceptions pouvaient lui être opposées.

Ainsi, sans parler du cas où le tiers détenteur ayant la priorité pouvait opposer l'exception : « *Si non Numerio Negidio ante pignoris hypothecæve nomine sit res obligata* », on peut supposer que le bien dont le créancier réclamait la restitution était affecté à la sûreté de l'obligation en vertu d'une hypothèque générale, et que, pour la même obligation, il existait une hypothèque spéciale sur un autre bien. Dans cette hypothèse, le *beneficium excussionis reale* permettait au détenteur de la chose grevée de

l'hypothèque générale, d'exiger que le créancier dirigeât d'abord ses poursuites sur la chose spécialement hypothéquée.

Justinien, dans la Novelle 4 chapitre 2, établit le *beneficium excussionis personale,* au moyen duquel le tiers détenteur, poursuivi par l'action hypothécaire, pouvait obliger le créancier à exercer d'abord l'action résultant de la créance contre le débiteur.

Si aucune exception n'était opposée à la demande du créancier poursuivant, il était envoyé en possession de la chose engagée. Mais dans aucun cas, il ne pouvait se procurer de son autorité privée la possession de cette chose. Il devait toujours recourir à l'intervention du magistrat. Pourtant la loi 3 au Code *De pign. et hyp.,* liv. VIII, tit. 14, qui établit cette obligation pour le créancier, nous apprend que le fait par lui de s'être emparé de la chose ne constituait pas une violence proprement dite.

Nous avons dit plus haut que l'action hypothécaire pouvait être exercée contre tout tiers détenteur de la chose engagée. Or, le principe que nous avons posé peut bien souffrir au moins une exception, et nous pouvons citer un tiers détenteur contre lequel cette action ne serait pas admise : c'est l'acheteur de choses héréditaires qui auraient été vendues par un héritier qui a fait inventaire et dont le prix a été employé à payer les dettes de la succession et à acquitter les legs (L. 22, § 5, Cod. *De jure delib.*, liv. VI, tit. 30).

Le créancier n'était pas toujours tenu de recourir à la voie pétitoire de l'action hypothécaire pour obtenir la possession de la chose engagée, mais souvent

il pouvait arriver au même résultat au moyen de la voie possessoire. Nous avons déjà parlé, en commençant, de l'interdit Salvien créé par le préteur pour permettre au locateur de se procurer la possession des objets affectés par le locataire à la garantie des fermages. Nous avons vu qu'il avait même précédé les actions servienne et quasi-servienne. Après la création de ces actions, l'interdit n'a pas cessé de subsister, et nous n'avons, pour justifier cette coexistence de deux moyens pouvant amener au même résultat, qu'à signaler une des principales différences qui les séparent au point de vue de leur exercice. Pour intenter l'action hypothécaire, il fallait établir que le débiteur était propriétaire de la chose actuellement engagée au moment de la constitution d'hypothèque, preuve souvent difficile à obtenir. L'interdit au contraire, étant donné *adipiscendæ possessionis causa*, était dispensé de cette justification.

Mais l'interdit Salvien, de même que l'action servienne n'appartenait qu'au bailleur d'un fonds rural.

Aussi, on peut se demander si, du moment où l'action servienne a été accordée sous le nom d'action quasi-servienne à tous les créanciers hypothécaires, l'interdit Salvien est resté limité aux relations de bailleur à fermier, ou si, au contraire, il n'a pas été, lui aussi, étendu, dans le droit nouveau, à toute espèce de créances hypothécaires. En d'autres termes, de même qu'à côté de l'action servienne, nous trouvons l'action quasi-servienne, faut-il admettre qu'à côté de l'interdit Salvien il y ait eu dans le droit romain un interdit quasi-salvien mis au service de créanciers

autres que le bailleur d'un fonds rural? Cette question a été l'objet de vives controverses parmi les commentateurs.

Cujas a été un des plus chauds partisans de l'existence de cet interdit. Mais aujourd'hui, à défaut de textes formels, la plupart des auteurs se prononcent avec raison pour sa non-existence.

En effet, les textes qu'on invoque en faveur de l'interdit quasi-Salvien, sont tous des plus vagues et ne peuvent suffire à nous convaincre. On prétend notamment arguer de ces termes de la loi 2, § 3 (Dig., *De interd.*, liv. XLIII, tit. 1) : *Interdictum Salvianum quod est de pignoribus.....* Cet argument est loin d'être concluant; en effet, l'auteur de cette loi, après avoir divisé les interdits en trois classes : *adipiscendæ*, *recuperandæ* et *retinendæ possessionis*, s'occupe de citer des interdits appartenant à chaque classe, et c'est ainsi qu'il range l'interdit Salvien donné pour obtenir la possession d'un gage, au nombre des interdits de la premièrec lasse, c'est-à-dire *adipiscendæ possessionis;* mais on ne saurait admettre valablement qu'il ait entendu dire que cet interdit s'appliquât à toute espèce de gage; c'est attacher trop de portée à une expression qui, en somme, suffit dans la circonstance à caractériser l'interdit Salvien proprement dit. On a voulu également tirer parti d'une constitution de l'empereur Gordien (L. 1, Cod., *De prec. et salv.*, liv. VIII, tit. 9), qui donne l'interdit Salvien *adversus conductorem debitoremve*, expression que l'on traduit en ce sens, qu'il est accordé contre tout débiteur. D'abord, on ne prend pas garde

que la particule *ve* équivaut très souvent et ici notamment à *que*. De plus, de l'explication de ce texte ressort très clairement un argument non pas à l'appui du système de nos adversaires, mais bien en notre faveur, et cette explication, nous l'empruntons à M. Accarias.

Dans l'espèce, il s'agissait de savoir si un simple créancier hypothécaire, et non un *locator fundi*, pouvait faire valoir son droit sur le bien hypothéqué aliéné par son débiteur, et se faire mettre en possession de cette chose au moyen de l'interdit Salvien. Or l'empereur répond d'une façon, il est vrai, peu claire, que cet interdit ne compète que contre le preneur, *tamtummodo adversus conductorem debitoremve*, contre le preneur qui est en même temps débiteur. Si l'on admet cette explication qui nous semble du reste des plus plausibles, où est forcément amené à reconnaître que la non-existence d'un interdit quasi-Salvien ne peut faire de doute pour personne.

Au surplus, si cet interdit avait existé, son importance aurait été bien supérieure à celle de l'interdit Salvien, et il serait bien étonnant que les textes eussent gardé le silence sur un point d'un aussi grand intérêt. Dans tous les cas, les jurisconsultes romains ne s'en seraient certainement pas tenus à des expressions aussi peu affirmatives que celles sur lesquelles se fonde l'opinion contraire à la nôtre. Aussi nous aimons beaucoup mieux dire qu'il n'y a jamais eu d'interdit quasi-Salvien que de croire à une lacune dans la loi.

CHAPITRE IV

Des effets de la vente.

Après avoir vu comment s'accomplit la vente du gage hypothécaire, il nous reste à étudier les effets juridiques de cette vente, question qui est sans contredit une des plus intéressantes et aussi une des plus importantes de notre matière.

Nous ne parlerons pas des effets généraux de tout contrat de vente qui sont également applicables à notre matière; car ce serait dépasser les limites que nous nous sommes tracées, s'il nous fallait les rappeler ici. Nous renvoyons, sur ce point, à la théorie générale de la vente.

Mais à côté des effets généraux, il en est qui sont spéciaux à notre vente et qui tiennent notamment au caractère particulier du vendeur. Ce sont précisément ceux-là que nous nous proposons d'étudier. Nous envisagerons les effets de la vente de la chose engagée : 1° à l'égard du débiteur; 2° à l'égard de l'acquéreur; 3° à l'égard des créanciers hypothécaires postérieurs.

Quant au créancier vendeur, bien qu'il ait en quelque sorte le rôle le plus important dans la vente, si nous ne lui consacrons point un paragraphe spé-

cial, c'est que justement à cause de son rôle important, nous avons à chaque instant à parler de lui et qu'il est difficile de le considérer autrement que dans ses rapports constants avec les divers personnages que nous venons d'énumérer, et principalement avec le débiteur et le tiers acquéreur.

§ 1er. — DES EFFETS DE LA VENTE A L'ÉGARD DU DÉBITEUR

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, le créancier devait agir de bonne foi « *sibi bona fide rem gerere* », et pour le contraindre à exécuter cette obligation, le débiteur avait contre lui l'action *pigneratitia directa.*

Mais faut-il admettre avec certains auteurs que le droit conféré au créancier de vendre la chose engagée, peut être exactement défini un *mandatum alienandi et agendi?* Nous ne le croyons pas; néanmoins, bien qu'à nos yeux il agisse en vertu de son droit propre, on a pu raisonnablement le comparer à un mandataire, et cette idée qu'on trouve du reste énoncée dans plusieurs textes, notamment dans la loi 29 au Digeste, *Fam. ercisc.*, liv. X, tit. 2, peut servir à régler les rapports du débiteur avec son créancier.

Ainsi, le créancier devait être exempt de toute fraude, et prendre autant que possible les intérêts de son débiteur. Du reste, il n'avait souvent qu'à suivre ses propres intérêts qui se trouvaient sur certains points en conformité avec ceux du constituant, no-

tamment lorsqu'il s'agissait de choisir un acquéreur dont la solvabilité ne fût pas douteuse, et aussi pour obtenir le plus haut prix possible. Toutefois, sur ce dernier point, il faut bien reconnaître que l'intérêt du créancier cessait dès que le prix était équivalent au montant de sa créance.

Mais il pouvait arriver que le créancier s'écartât de ses devoirs, et alors l'action *pigneratitia directa*, que nous venons déjà de mentionner, était donnée au débiteur pour demander à son créancier compte de sa responsabilité. Cette action personnelle en un mot était la sanction des obligations qui naissaient du contrat.

Lorsque le créancier ne s'était pas contenté de méconnaître les intérêts de son débiteur, mais qu'il avait enfreint la clause prohibitive de vente en vendant sans avoir préalablement fait les trois dénonciations exigées par la loi, ou bien lorsqu'il avait contrevenu aux clauses fixant dans le contrat les conditions de la vente, il était soumis non plus à l'action *pigneratitia directa*, mais bien à l'action *furti* (L. 4 et 5; Dig., *De pign. act.*, liv. XIII, tit. 7). Il en était de même encore lorsqu'il avait vendu son gage avant l'échéance ou malgré un paiement. Dans tous ces cas la vente était nulle, c'est du moins ce qui semble résulter de la loi 7 au Code n. t., et c'est ce qui résulterait formellement du texte de la loi 7, § 2, de n. t. au Digeste dont nous aurons occasion de parler plus tard, si nous acceptions la correction proposée par certains auteurs et d'après laquelle ce texte se rapporterait à l'interdiction de la vente faite au créancier

et non au débiteur : « *Ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus.* »

Si la vente était nulle pour l'une de ces causes, le constituant qui était resté propriétaire pouvait revendiquer sa chose contre l'acheteur, sans être obligé de lui payer le prix qu'il avait déboursé. En vain dira-t-on que ce prix ayant diminué la dette d'autant, l'acheteur devait avoir le droit de retenir le prix à titre de *in rem versum*. Non, l'acheteur pouvait bien exercer contre le créancier vendeur l'action *empti* pour recouvrer son prix ou plutôt la valeur de l'objet vendu, mais il ne pouvait être question ici de l'action *de in rem verso*.

Il était encore permis au débiteur d'agir directement contre l'acquéreur dans le cas de vente faite à vil prix par dol du créancier, et quand nous parlons du dol, nous entendons non celui au moyen duquel le créancier aurait déterminé l'acheteur à contracter, car dans ce cas la vente serait nulle, mais celui qui avait pour but de faire acheter la chose à vil prix. Du reste, pour que le constituant eût une action directe contre l'acheteur, trois conditions étaient nécessaires (LL. 1 et 3; Cod., *Si vend. pign.*, liv. VIII, tit. 30). Il fallait d'abord que ce dernier fût *conscius, fraudis*, car s'il avait été de bonne foi, il eût été injuste de lui faire supporter les conséquences de la fraude du créancier, celui-ci étant à son égard pleinement capable d'aliéner.

Il fallait en second lieu que le constituant eût préalablement intenté l'action *pigneratitia* contre le créancier, et que, par suite de l'insolvabilité de ce

dernier, cette action fût demeurée sans résultat. Enfin, il était nécessaire d'offrir à l'acheteur le prix par lui versé ainsi que les intérêts de ce prix.

A ces conditions seulement le débiteur pouvait poursuivre directement le tiers acquéreur. Mais par quelle action? Il ne saurait être question ici de l'action *pigneratitia* qui n'est donnée que contre le créancier, pas plus que de l'action Paulienne qui n'appartient qu'à un créancier. Mais c'est bien une action réelle que le constituant pouvait exercer, la revendication elle-même rendue possible par une *restitutio in integrum*. Lorsque l'acheteur était un fidéjusseur ou encore le second créancier, le débiteur pouvait dans tous les cas le déposséder, en lui offrant le prix qu'il avait payé, et cela, bien qu'il eût le titre d'acheteur. En effet, quand un second créancier achète la chose affectée à la garantie de sa créance, *non tam acquirendi quam servandi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse* (L. 6, D. n. t.), et nous avons déjà dit la même chose précédemment du fidéjusseur, pour justifier le droit qu'avaient les créanciers d'exercer contre lui le *jus offerendi*. Or, nous croyons qu'il y a ici la même raison d'accorder au constituant une action pour reprendre sa chose aux mains des créanciers postérieurs ou d'un fidéjusseur.

Le créancier pouvait avoir ajouté au contrat de vente une clause en vertu de laquelle il était réservé au débiteur de reprendre sa chose dans un délai déterminé, en en offrant le prix. Quelle était la valeur d'un semblable pacte? Il est certain que si le créan-

cier avait ajouté cette clause en son propre nom, elle devait être déclarée valable et pouvait produire une action à son profit ; mais, dans l'espèce, il y avait une véritable stipulation pour autrui, et il est de principe qu'on ne peut acquérir une action par le fait d'une personne qu'on n'a pas sous sa puissance. Pourtant les textes mêmes du Digeste (L. 13, D., *De pign. act.*, liv. XIII, tit. 7, et L. 7, D. n. t.), nous apprennent que la clause en question devait avoir son effet. D'abord, il n'est vrai de dire qu'on ne peut retirer à son profit aucune action de la stipulation que l'on fait pour autrui, que lorsque cette stipulation n'intéresse pas celui-là même qui la fait. Or, cet intérêt n'existe-t-il pas dans notre hypothèse ? Nous avons déjà dit plus haut que si le créancier vendeur n'était point un véritable mandataire du débiteur, il pouvait, du moins au point de vue de certains effets de la vente, être considéré comme tel. Ceci étant admis, il est incontestable que le créancier, dont le devoir était de vendre dans les conditions les plus avantageuses pour le débiteur, était intéressé à ce que la clause fût obligatoire.

On peut en quelque sorte assimiler la situation du débiteur à celle d'un propriétaire dont la chose aurait été donnée en dépôt par un tiers, avec stipulation qu'elle serait rendue au vrai propriétaire (L. 8, C., *Ad. exib.*, liv. III, tit. 42). Celui-ci avait, pour réclamer sa chose, l'action *depositi utilis;* de même, le débiteur, dans notre espèce, devait avoir l'action *venditi utilis*. La loi 13 au Digeste, *De pign. act.*, décide encore que le débiteur pouvait, non seulement

en exerçant contre le créancier l'action *pigneratitia*, se faire céder l'action *venditi* que celui-ci possédait contre l'acheteur, mais encore qu'il avait contre ce dernier l'action en revendication, le paiement du prix devant résoudre la propriété.

Après avoir étudié les devoirs et l'étendue de la responsabilité du créancier, après avoir vu les cas dans lesquels la vente demeurait sans effet à l'égard du débiteur, il nous reste à nous occuper de l'hypothèse où la vente a eu lieu de bonne foi et à examiner les effets de cette vente au point de vue de la libération du débiteur. Doneau les formule ainsi : « *Generaliter recte definietur, pignore distracto, quod ad creditorem pervenerit, aut per eum factum sit, quominus perveniret, eatenus debitorem liberari.* »

Ainsi le débiteur était libéré jusqu'à concurrence du prix que le créancier avait touché ou du moins qu'il pouvait toucher, car celui-ci avait pu suivre la foi de l'acheteur et se contenter de son obligation. Et cette libération avait lieu même lorsque l'acheteur venait à être évincé. En effet, le créancier n'était pas tenu à garantir l'éviction, comme nous le verrons plus loin, s'il avait vendu *jure pignoris*, et par conséquent il conservait le prix qu'il avait touché. On ne pouvait dire pourtant que, dans ce cas, l'argent était sorti du patrimoine du débiteur pour entrer dans celui du créancier. Mais la loi 12, § 1, de notre titre au Digeste, résout ainsi la difficulté : « *Æquius id pretium proficeret debitori quam creditori lucro cederet.* »

Ainsi le créancier n'était pas fondé à dire au débi-

teur : pourquoi voulez-vous que j'applique à l'extinction de ma dette le prix d'une chose qui ne vous appartient pas? Car la cause même de l'acquisition pouvait être considérée comme étant née dans la personne du débiteur, et s'il était libéré *ex re aliena*, il restait tenu envers le propriétaire de la chose, avant l'éviction, et envers l'acheteur, après l'éviction ; mais sa libération à l'égard du créancier n'en était pas moins valable, du moins jusqu'à concurrence de ce que celui-ci avait touché.

Lorsque le créancier n'avait pu obtenir de son acheteur le prix de la chose, ni même en recevoir aucune satisfaction, le débiteur était-il libéré? Non, le débiteur restait soumis à l'action de la créance principale, pourvu qu'il n'y eût pas de la faute du créancier de n'avoir pas été payé. « *Putavi*, dit Paul, *si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum, quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta.* » (L. 9, Dig., n. t.) Mais le créancier était tenu de céder au débiteur son action contre l'acheteur.

Le prix de la vente de la chose engagée n'était pas toujours équivalent au montant de la créance. Il était tantôt inférieur, tantôt supérieur, c'était même l'hypothèse la plus fréquente ; car encore bien que la chose donnée en garantie eût eu, au moment de la constitution, une valeur égale à cette créance, elle avait pu diminuer ou augmenter depuis, et dans tous les cas, elle n'était vendue qu'à un prix plus ou moins élevé.

Et d'abord, ce prix était-il inférieur au montant de la créance, celle-ci n'était éteinte que pour partie, et

le débiteur restait obligé pour le surplus. Ainsi, c'est avec raison que Paul (L. 9, Dig., n. t.) déclare inutile la clause que d'après Pomponius on avait coutume d'ajouter à une constitution de gage, et d'après laquelle, si le gage était vendu moins cher que le débiteur ne devait, celui-ci restait tenu de payer l'excédant.

Il est bien évident en effet que le créancier qui s'était fait donner une garantie, n'avait pas entendu limiter le montant de sa créance au prix qu'il pouvait retirer de la vente de la chose engagée. Il conservait donc le droit d'agir par son action personnelle contre son débiteur, pour le restant de sa créance : « *Creditor qui non idoneum pignus accepit, non amittit exactionem ejus debiti quantitatis in quam pignus non sufficit.* » (L. 28, Dig., *De reb. cred.*, liv. XII, tit. 1). Il conservait également, s'il y avait lieu, son action contre le fidéjusseur ou le *mandator pecuniæ credendæ*. Souvent aussi il avait une action hypothécaire subsidiaire sur les autres biens de son débiteur, car, d'après Gaïus, on convenait ordinairement « *ut specialiter rebus hypothecæ nomine datis, cætera etiam bona teneantur debitoris quæ nunc habet et quæ postea adquisierit, perinde atque si specialiter hæ res fuissent obligatæ.* » (L. 15, Dig., *De pign. et hyp.*, liv. XX, tit. 1).

Comment se réglait l'imputation du prix?

Si la créance était productive d'intérêts, le prix de la vente s'imputait avant tout sur les intérêts, et ensuite sur le capital (L. 35, pr. Dig., *De pign. act.*, liv. XIII, tit. 7).

Supposons maintenant plusieurs créances à la charge du même débiteur, et l'une d'elles seulement garantie par une hypothèque. La chose engagée étant vendue à défaut de paiement à l'échéance, le débiteur pouvait-il, comme au cas de paiement, imputer le prix sur une des créances à son choix? Non, car, comme le dit Paul, « *aliam causam esse debitoris solventis, aliam creditoris pignus distrahentis.* » (L. 101, § 1, Dig., *De solut. et liber.*, liv. XLVI, tit. 3). On ne pouvait, en effet, assimiler à un paiement ordinaire la libération résultant de la vente de la chose engagée. Le débiteur était lié par la convention de gage ou d'hypothèque qu'il avait passée avec le créancier. Aussi, comme le décide Paul, alors même que la dette garantie eût été une simple obligation naturelle, tandis que les autres étaient civiles, l'imputation devait porter sur celle-là.

Examinons maintenant une hypothèse particulière qui fait l'objet de la loi 73, du titre que nous venons de citer. Une créance de 30 est garantie pour 20 par un fidéjusseur, et pour 10 par un gage. Le gage est vendu et produit une somme de 10. Sur quelle partie de la créance cette somme devra-t-elle être imputée?

D'après les principes généraux, lorsqu'il s'agissait d'un paiement, c'était au débiteur qu'il appartenait de régler l'imputation en payant. A son défaut, ce droit passait au créancier, qui devait faire son choix immédiatement après le paiement, et de plus agir comme il aurait fait s'il avait été lui-même débiteur, c'est-à-dire imputer le prix sur la dette qu'il aurait acquittée

de préférence. Lorsque l'imputation n'était faite ni par le débiteur ni par le créancier, on devait suivre un certain ordre de présomptions. Ainsi, entre deux dettes dont l'une était échue et l'autre seulement conditionnelle, la première devait être éteinte avant l'autre. S'il s'agissait de deux dettes toutes deux échues, c'était sur la plus lourde pour le débiteur que devait porter l'imputation ; enfin, à défaut d'autre différence, la plus ancienne devait être acquittée la première.

Dans notre hypothèse, si nous devions appliquer ces principes, nous aurions à nous demander laquelle des deux parties de la dette, de celle cautionnée ou de celle garantie par un gage, est la plus lourde pour le débiteur. Sur ce point, nous trouvons des opinions divergentes, comme nous l'apprend Marcellus dans la loi que nous venons de mentionner. D'après les uns chaque fraction de la dette serait également lourde, et, par conséquent, comme il n'y aurait aucune raison pour éteindre l'une plutôt que l'autre, il y aurait lieu à une imputation proportionnelle. En un mot, il y aurait à partager 10 en deux parts proportionnelles à 20 et à 10, pour imputer ensuite sur la dette cautionnée et la dette gagée chaque fraction correspondante. D'après d'autres, et c'était l'opinion de Marcellus, il fallait diriger l'imputation exclusivement sur la dette cautionnée, cette solution paraissant plus conforme à l'intention présumée des parties.

Du reste, Marcellus ne fait que signaler en passant cette discussion, qui suppose l'assimilation du cas de vente de la chose engagée à un paiement pro-

prement dit, et nous venons déjà de dire que ces deux modes de libération étaient bien différents. Aussi Marcellus, après avoir donné son opinion dans la discussion précédente, se prononce-t-il définitivement pour l'imputation sur la dette hypothécaire : « *Magis tamen existimo licuisse creditori in id, quod solus debebat reus, accepta referre.* » Et la raison de cette décision est la même que celle que nous avons donnée plus haut, c'est que en aliénant la chose engagée aux termes du contrat, le créancier a entendu éteindre d'autant la dette qu'elle garantissait.

Il est bien certain que si deux dettes de même nature, et entre lesquelles il fût impossible d'établir quelque différence, avaient été garanties par un seul et même gage, il y aurait lieu, au cas de vente de ce gage, à une imputation proportionnelle au montant de chaque créance.

Après avoir étudié le cas où le produit de la vente est inférieur au montant de la créance, examinons en quelques mots le cas où il est supérieur.

Comme nous n'avons pas à parler ici des effets de la vente à l'égard des créanciers postérieurs auxquels nous réservons un paragraphe spécial, nous supposons un seul créancier hypothécaire ou gagiste.

Ce créancier avait-il touché l'excédent qui dépassait sa créance ou le *superfluum*, il était tenu de le rendre au débiteur qui pouvait exercer contre lui, pour le lui réclamer, l'action *pigneratitia directa*. Et cette action, d'après l'opinion de Schilling, appartenait au débiteur, même contre un simple créancier hypothé-

caire qui s'était fait mettre en possession de la chose pour la vendre. Il se serait formé alors un contrat de *pignus ex post facto*. Si au contraire le créancier avait vendu sans avoir la possession, hypothèse qui devait se rencontrer rarement, on aurait pu recourir à une *condictio sine causa*.

Le créancier devait encore les intérêts du *superfluum*, s'il en avait usé ou s'il les avait placés à intérêts. Il n'en était pas tenu au contraire, s'il s'était borné à conserver cette somme à titre de dépôt, à moins cependant qu'il eût trop tardé à la restituer, et qu'il eût été mis en demeure par le débiteur.

Si le créancier n'avait pas touché le prix, ou tout au moins l'excédent, il ne pouvait être poursuivi par le débiteur par l'action *pigneratitia*. Mais celui-ci, sans être obligé d'attendre que l'acheteur eût payé son prix, pouvait exiger du créancier qu'il lui cédât les actions qu'il possédait contre cet acquéreur : « *Si vendiderit quidem creditor pignus pluris quam debitum erat, nondum autem pretium ab emptore exegerit..... arbitror, non esse urgendum ad solutionem creditorem, sed aut expectare debere debitorem, aut si non expectat, mandandas ei actiones adversus emptorem, periculo tamen venditoris.* » (L. 24, § 2, Dig., *De pign. act.*, liv. XIII, tit. 7).

Ulpien ajoute dans la loi 42, au même titre, que le créancier ne pouvait obliger le débiteur à se contenter de la délégation qu'il lui ferait de l'acheteur : « *Nec audiendus erit, si velit emptorem delegare.* » Ulpien n'a évidemment voulu parler ici que d'une délégation pure et simple qui ne renfermait pas néces-

sairement l'idée de mandat, et en vertu de laquelle les risques, au lieu d'être à la charge du délégant, incomberaient au délégataire. C'est donc un véritable mandat que voulait Ulpien, afin qu'il fût permis au débiteur, dans notre hypothèse, de recourir contre le créancier au moyen de l'action *mandati contraria*. Remarquons toutefois que ce recours ne pouvait être ouvert au débiteur qu'en cas de faute imputable au créancier.

Nous avons parlé précédemment de la clause dite *lex commissoria;* nous avons vu qu'elle avait été prohibée par Constantin, comme présentant les plus graves inconvénients pour le débiteur. Or, nous sommes amenés à nous demander ici quel serait le caractère d'une clause au moyen de laquelle le créancier se réserverait le droit de conserver la totalité du prix de vente de la chose engagée, si cette clause devait être assimilée au pacte commissoire, et, comme elle, déclarée nulle. Cujas admet la validité d'une pareille convention, sous prétexte que le créancier est obligé de procéder à la vente dans les conditions requises, et que ce n'est pas la même chose que de lui permettre de conserver la chose en paiement. Nous ne voyons pas au contraire que cette clause offre moins de dangers que le pacte commissoire, et nous croyons que les idées de protection du débiteur contre les spéculations du créancier, qui sont le fondement de la prohibition faite par Constantin, peuvent être invoquées ici avec autant de force.

La vente en effet que le créancier aurait été obligé de faire, n'eût été rien autre chose qu'une

vaine formalité, mais jamais une garantie sérieuse pour le débiteur. Du reste ceux qui veulent soutenir la validité de la convention dont il s'agit, ne peuvent citer aucun texte à l'appui de leur opinion. On a prétendu y trouver une allusion dans la loi 20, C. n. t., où il est dit que le débiteur avait pour répéter le *superfluum* du prix de la vente, l'action *pigneratitia* « *si nihil convenit specialiter.* » Cette réserve, d'après nos adversaires, viserait l'hypothèse de la clause dont nous nous occupons, comme si elle ne pouvait pas aussi bien s'entendre du cas où il aurait été convenu que le créancier pourrait, à défaut de paiement à l'échéance, conserver la chose « *justo pretio tunc æstimandam.* » Nous avons déjà parlé plus haut de cette clause dont nous avons reconnu la validité.

§ 2. — Des effets de la vente a l'égard de l'acheteur

Les principales obligations d'un vendeur ordinaire à l'égard de son acheteur, étaient de procurer à ce dernier la possession paisible de la chose et de le garantir contre l'éviction. La première de ces obligations était assez facile à remplir par le créancier, car, ou bien il était en possession de la chose engagée, cas auquel il n'avait qu'à faire la tradition, ou bien il n'avait pas cette possession, alors il l'obtenait par les moyens dont nous avons parlé, ou encore il cédait simplement son action à l'acquéreur.

Mais il ne suffisait pas dans une vente de procurer

à l'acheteur la *vacua possessio,* il fallait encore la lui garantir contre tout danger d'éviction. Or dans le cas de vente d'un gage, l'éviction pouvait provenir de deux causes. Elle pouvait avoir lieu : 1° du chef du débiteur qui avait constitué le gage ou l'hypothèque sur un objet dont il n'était pas propriétaire, ou qu'il n'avait pas le droit d'aliéner; 2° du chef du créancier, lorsqu'il avait vendu sans pouvoir suffisant, soit parce que la dette n'était pas encore échue, soit parce qu'il était primé par d'autres créanciers, soit en un mot parce qu'il n'avait pas le droit d'aliéner.

Ainsi l'éviction pouvait résulter d'un défaut de droit dans la personne du débiteur ou dans celle du créancier.

Pour déterminer les modes de recours accordés dans ces deux hypothèses à l'acquéreur évincé, nous emprunterons aux textes une distinction que nous trouvons notamment employée par Paul (L. 59, § 4, *Mandati vel cont.* Dig., liv. XVII, t. 1), également dans la loi 11, § 16, Dig., *De act. empt.,* liv. XIX, t. 1, et qui est confirmée et développée dans un rescrit d'Alexandre Sévère (L. 1, Cod., *Credit. evict. non deb.,* liv. VIII, tit. 46), à propos de la vente faite par un *procurator fisci* de biens engagés au fisc. La vente peut avoir été faite *jure communi* ou bien *jure creditoris.*

Si le créancier avait vendu la chose *jure communi,* c'est-à-dire comme s'il en avait été propriétaire, et sans déclarer à l'acheteur sa qualité de gagiste, il devait être considéré comme un vendeur ordinaire et comme tel, garant de toutes les évictions pro-

venant d'une cause quelconque antérieure à la vente. Il y avait lieu de donner la même solution au cas où, tout en faisant connaître sa qualité de créancier, il déclarait se soumettre aux garanties du droit commun, ce qu'il pouvait faire dans le but d'obtenir un prix plus élevé de la chose engagée.

Si au contraire le créancier avait agi purement et simplement en sa qualité de créancier (*jure creditoris*), il ne pouvait être assimilé à un vendeur ordinaire, car il n'avait fait qu'exercer le droit qu'il tenait du contrat de gage ou d'hypothèque. Aussi il ne répondait, outre de son dol, que de l'éviction résultant d'un défaut de droit dans sa personne; en effet, dans la vente qu'il faisait, il ne garantissait que son droit de vendre en tant que créancier, c'est-à-dire celui de transférer à l'acheteur la chose telle qu'elle lui avait été donnée par son débiteur. Et cette solution se motive aisément. Le créancier qui en était réduit à convertir en argent la chose qu'il avait reçue en gage, pour être payé de sa créance, n'opérait pas une spéculation, bien loin de là, il subissait, on peut dire, une nécessité. Ainsi l'acheteur venait-il à être évincé, parce que le constituant n'était pas propriétaire de la chose engagée, ou bien n'avait pas le droit de l'engager, aucun recours ne pouvait lui être donné contre son vendeur : il avait seulement le droit d'exiger que celui-ci lui cédât son action *pigneratitia contraria*, au moyen de laquelle le créancier pouvait demander une indemnité au débiteur, pour le préjudice qu'il lui avait causé en lui donnant en gage la chose d'autrui. Le créancier, dans notre hypothèse, valable-

ment désintéressé par le prix de la vente, n'avait aucune raison pour refuser à l'acheteur la cession de cette action.

On peut pourtant signaler deux cas où le créancier pouvait être tenu à garantir l'éviction provenant d'un défaut de droit dans la personne du constituant.

C'était d'abord lorsqu'il y avait eu dol de sa part : lorsque par exemple il avait vendu une chose qu'il savait ne pas appartenir à son débiteur lors de la constitution, ou ne pas lui avoir été valablement hypothéquée (L. 11, § 16, Dig. *De act. empt.*, liv. XIX, tit. 1). Il était alors, comme tout vendeur, tenu d'accepter les conséquences que pouvait entraîner son acte frauduleux, et sa mauvaise foi lui enlevait le droit de recourir à des règles établies en faveur de l'équité. C'était ensuite lorsqu'il avait promis le double par la *stipulatio duplæ*.

Mais ne fallait-il pas du moins accorder au créancier le droit d'agir contre le constituant au moyen de l'action *pigneratitia?* D'après Ulpien (L. 22, § 4. Dig. *De pign. act.*, liv. XIII, tit. 7), ce recours ne devait lui appartenir que si la stipulation ne pouvait être réputée une promesse inutilement faite, mais faite au contraire dans le but d'obtenir une augmentation du prix, ce qui, comme nous l'avons dit plus haut, devait être le mobile ordinaire d'un semblable engagement.

Voyons maintenant dans quel cas le créancier était réellement tenu à garantie.

Le défaut de droit dans sa personne, qui pouvait

donner lieu à cette obligation, venait, avons-nous dit, ou de ce que ses pouvoirs n'étaient pas valables, ou encore de ce qu'il était primé par d'autres créanciers.

Si à la suite d'une vente faite dans de telles conditions, l'acheteur venait à être évincé, il avait contre le créancier l'action *ex empto*, à l'effet d'obtenir la restitution du prix, et des dommages-intérêts, s'il y avait lieu. Cette obligation semble résulter bien formellement des termes du rescrit d'Alexandre-Sévère que nous avons déjà mentionné. « *Hoc utique præstare debet qui pignoris jure vendit, se potiorem esse cæteris creditoribus.* »

Doneau, qui admettait complètement cette théorie, formulait ainsi l'obligation de garantie du créancier vendeur : « *Præstare rem sibi obligatam esse, se in pignore omnibus aliis potiorem esse, et se jus vendendi habere.* »

Cette opinion, si fondée qu'elle paraisse être et qu'elle soit en effet à notre avis, a été l'objet de sérieuses critiques. Elle a été vivement combattue notamment par M. Vernet qui, rejetant la distinction entre le défaut de droit dans la personne du créancier et le défaut de droit dans la personne du débiteur, prétend que le créancier ne répondait absolument que de son dol et que, en cas d'absence de dol, l'acheteur évincé n'avait droit qu'à l'action *pigneratitia contraria* que devait lui céder le créancier.

A l'appui de son système, il invoque deux textes du Digeste. Le premier est tiré de la loi 11, *De act. empt.*, liv. XIX, tit. 1, déjà citée. Ulpien dit au § 16 de cette loi, que le créancier répond toujours de son

dol : « *dolum plane venditor præstabit.* » Ainsi, avait-il vendu une chose qu'il savait ne pas lui être engagée, ou appartenir à un autre qu'au constituant, il était tenu de l'action *ex empto*, parce qu'il connaissait le vice du contrat et qu'il avait commis un dol en le dissimulant. On en conclut qu'il n'est pas vrai de dire que le créancier répond toujours des causes d'éviction nées en sa personne, que ce principe général est faux, et que c'est seulement de son dol que le créancier peut être tenu. Cette conclusion, tirée d'un texte qui n'a rien d'exclusif, ne nous paraît pas admissible en présence de l'affirmation si claire et si positive que nous venons déjà de citer : « *Hoc utique...* » Ulpien n'a fait que donner un exemple dans le texte qu'on invoque, et on ne saurait en tirer un argument *a contrario*. D'ailleurs, la question au fond se résout à ceci : Une perte doit nécessairement être subie, et cette perte a sa cause dans le vice des droits du créancier; à qui doit-elle incomber de préférence? Est-ce à l'acheteur qui la plupart du temps n'aura pu être mis à même de vérifier la situation? Est-ce au contraire au créancier auquel son intérêt commandait de ne pas rester dans l'ignorance sur un point aussi important? Nous n'hésitons pas à admettre que c'est au créancier à supporter cette perte, c'est-à-dire à garantir l'acheteur de l'éviction.

Nous ne ferons pas beaucoup plus de cas d'un argument que l'on voudrait également tirer, à l'appui du système que nous combattons, de la loi 10 au Dig., n. t., et qui porte que le créancier, encore bien qu'il ne soit pas tenu à garantir l'éviction d'une chose qu'il

a vendue *lege pignoris*, ne peut disputer la chose à l'acheteur. La seule remarque en effet que nous croyions pouvoir faire utilement à raison de ce texte, c'est que le créancier qui voudrait agir contre l'acheteur, serait repoussé, non par l'axiome : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*, mais bien par l'exception : *rei venditæ et traditæ*.

Examinons maintenant si l'acheteur évincé pouvait avoir un recours contre le débiteur lui-même. Nous savons déjà qu'il pouvait se faire céder l'action *pigneratitia contraria* qui appartenait au créancier contre son débiteur. Mais laissant de côté cette idée de cession, nous voyons que la loi accordait encore à l'acheteur contre le constituant une action *empti utilitatis causa*. Cette disposition, il est vrai, peut sembler difficile à admettre au premier abord, puisque le débiteur est resté étranger à la vente. Pourtant, si nous nous rappelons l'idée de mandat primitivement inséparable des droits du gagiste, si nous nous rappelons qu'à l'origine le débiteur, en constituant le gage, accordait au créancier le droit de vendre, et que le créancier en vendant n'agissait que comme mandataire du débiteur, aujourd'hui encore, malgré les modifications apportées successivement par le préteur, comme nous l'avons vu, dans les principes constitutifs du gage, nous pouvons expliquer aisément l'existence de cette action *empti utilis* accordée à l'acheteur contre le débiteur lui-même. Hermogénien donne cette solution pour le cas *de pignus judiciale* (L. 74, § 1^er^, Dig. *De evict. et dupl. stipul.*, liv. XXI, tit. 2), et nous ne voyons pas pourquoi on ne l'étendrait pas au

pignus conventionale, les raisons d'admettre cette décision étant les mêmes dans les deux hypothèses. Toutefois, il est à remarquer que par cette action l'acheteur n'obtenait pas la valeur de la chose, mais seulement le prix qu'il avait déboursé « *non quanti interest, sed de pretio duntaxat ejusque usuris.* » Ce n'était donc pas précisément un recours en garantie qui était donné à l'acheteur contre le débiteur, puisqu'il ne lui était donné que de rentrer dans ses fonds, mais non d'être indemnisé de la perte de la chose.

Nous avons dit que le créancier pouvait acheter lui-même du débiteur la chose qui faisait l'objet de son gage, et que de cette vente résultait une compensation entre le montant de la créance et le prix d'achat. Or, par cet acte, le créancier perdait sa qualité de créancier et ne pouvait plus être considéré que comme un simple acheteur ; d'où il faut conclure que, s'il venait à être évincé, il n'avait plus contre son débiteur l'action de sa créance, mais seulement l'action *empti*.

Mais si nous supposons qu'au lieu d'une véritable vente, il est intervenu entre le créancier et son débiteur une *datio in solutum*, c'est-à-dire, si postérieurement à la constitution du gage, au moment de l'échéance ou peu de temps auparavant, il a été convenu entre eux que le créancier conserverait la chose à titre de paiement, clause qui, avons-nous dit, ne devait pas être confondue avec le pacte commissoire et était parfaitement licite ; dans cette hypothèse qui, il est vrai, ne rentre pas absolument dans notre sujet, nous devons nous demander par quelle action le créancier évincé, en supposant bien entendu que le débiteur

n'ait pas fourni la *cautio de evictione,* pouvait recourir contre ce dernier. Cette question a donné lieu a un grand nombre de systèmes, les textes qui s'en occupent étant eux-mêmes en contradiction. Ainsi, d'un côté, nous avons Marcien, L. 46, pr. Dig., *De solut. et liberat.*, liv. XLVI, tit. 3, et Paul, L. 98, pr. Dig. *ibid;* qui accordent l'action de la créance primitive, et d'un autre côté Ulpien, L. 24, pr. Dig., *De pign. act.*, liv. XIII, tit. 7, et un rescrit d'Antonin Caracalla, L. 4, Cod. *De evict.*, liv. VIII, tit. 45, qui donnent au créancier l'action *empti utilitatis causa.* Il est inutile de montrer l'importance qu'il y a à admettre l'une ou l'autre de ces deux actions. On sait en effet que par la première on ne peut obtenir que ce qui est dû, mais tout ce qui est dû; tandis que par la seconde on a droit à la valeur de la chose, mais non aux accessoires de la créance qui est éteinte.

Ces deux solutions sont des plus exclusives et ne permettent en aucun cas la coexistence des deux actions. En effet, ou bien la *datio in solutum* devait être considérée comme vente, et alors rien ne subsistait de l'obligation primitive, ou bien c'est un simple paiement qui avait eu lieu, alors il ne pouvait être question de vente ni par conséquent d'action *ex empto.* La première solution était celle de l'école des Sabiniens. D'après eux, il fallait envisager la *datio in solutum* comme un paiement, et en cas d'éviction admettre l'action de l'ancienne créance « *manet pristina obligatio.* » Ils ne distinguaient pas si la dette avait pour objet une somme d'argent ou toute autre chose. D'après les Proculiens, au contraire, dont

le système aurait inspiré les deux derniers textes que nous avons cités, il fallait assimiler la *datio in solutum* à une vente, ce qui paraît très admissible pour le cas où c'était une somme d'argent qui était due. Quant au cas où l'objet de la créance était une chose autre qu'une somme d'argent, c'est-à-dire lorsqu'on donnait *rem pro re,* une pareille solution pouvait présenter quelque difficulté dans une vente ordinaire; aussi Ælius Sabinus voulait qu'on n'assimilât cet acte à une vente que lorsqu'on pouvait distinguer laquelle des deux parties avait joué le rôle de vendeur, et dans notre espèce, il est évident que ce rôle appartenait au débiteur. En conséquence, d'après cette opinion, le créancier évincé n'avait jamais que l'action *empti.*

D'après Molitor, le créancier avait toujours le choix entre les deux actions; il n'avait qu'à prendre le parti qui lui paraissait le plus avantageux. Mais le cumul était impossible et une seule des deux actions pouvait être exercée.

Suivant un autre système, que nous empruntons à M. Labbé, il ne faut voir dans la *datio in solutum* qu'un acte au moyen duquel le créancier se propose uniquement de sauver ce qui lui est dû et non d'acquérir une chose en disposant de sa créance. Mais la *datio in solutum* peut du moins être assimilée à une vente sous le rapport de la garantie. Ainsi le créancier, tout en acquérant par ce moyen une action *ex empto* utile, conserve ses droits primitifs auxquels une satisfaction apparente n'a pu porter atteinte. Il n'est pas vrai de dire, ajoute-t-on, que le cumul doit être interdit. En effet, lorsqu'un créancier qui a reçu un

paiement vient à être évincé, il a bien à la fois le droit d'exercer son action primitive et celui d'intenter une action en indemnité provenant de la *cautio de evictione* qui lui a été faite; pourquoi n'aurait-il pas le même droit dans le cas de *datio in solutum?* Au reste, il était nécessaire qu'on fît supporter au débiteur les suites de sa négligence ou de sa faute, et comme on ne pouvait recourir à l'action *præscriptis verbis* qui suppose une action formée *re,* il fallait bien choisir une action découlant du seul consentement, c'est pour cela qu'on en était arrivé à admettre l'action *empti utilitatis causa.*

Sans vouloir discuter ces divers systèmes, nous pouvons dire que le dissentiment entre les jurisconsultes qui avait donné lieu à la divergence des textes que nous avons cités, avait dû nécessairement disparaître en présence des puissantes considérations tendant à faire admettre l'action *empti* utile dans certains cas particuliers, tels que celui où le créancier évincé avait à réclamer des impenses, et que cette action avait dû être étendue dans la suite à la plupart des cas pour ne pas dire à tous.

§ 3. — DES EFFETS DE LA VENTE A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS POSTÉRIEURS.

Un des effets les plus considérables de la vente d'une chose hypothéquée, valablement faite par le créancier premier en ordre, était de purger toutes les hypothèques existant sur cette chose. Ce qui ne veut

pas dire que l'action hypothécaire appartenant à chacun des créanciers postérieurs allait se trouver éteinte de plein droit. Cela ne pouvait être puisqu'il n'y avait eu pour eux ni paiement, ni satisfaction quelconque; mais la même exception que celle qui résultait de l'antériorité du premier créancier paralysait leurs droits.

Si une fois que le premier créancier était complètement désintéressé, il restait sur le prix de vente un excédant, un *superfluum*, les créanciers postérieurs étaient alors en droit de le réclamer. Mais par quelle action pouvaient-ils agir contre le créancier vendeur? Voilà encore un point sur lequel les auteurs sont loin d'être d'accord.

D'après M. Ant. Favre, ils avaient l'action *pigneratia directa*. Une telle action, il est vrai, le commentateur le reconnaît lui-même, ne pouvait prendre naissance que dans les rapports personnels du créancier et du débiteur : dès lors il pouvait paraître étrange, que, sans changer le caractère de cette action, on l'accordât, même *utilitatis causa*, aux créanciers postérieurs contre les créanciers vendeurs, alors qu'il n'existait entre eux aucun rapport d'obligation. Or voici l'explication que donne M. Ant. Favre : l'action *pigneratitia* vient aux créanciers *ex persona debitoris*, celui-ci étant intéressé à ce qu'ils profitent de ce *superfluum* au moyen duquel il sera vis-à-vis d'eux libéré d'autant. La loi 32, Dig., *De neg. gest.*, liv. III, t. 5, qui est invoquée à l'appui de ce système, ne nous paraît pas très concluante et laisse toujours subsister l'objection.

Nous n'admettrons pas davantage l'action hypothé-

caire utile qu'a proposée Cujas; nous croyons en effet que les caractères et le but bien déterminé de cette action s'opposent à ce qu'on puisse l'employer dans notre espèce.

Nous rejetterons également la *condictio ex lege* pour laquelle certains auteurs se sont prononcés; car on ne saurait admettre qu'il y eût ici *obligatio lege nova introducta*, la seule qui donnât droit à cette action.

Enfin nous ne parlerons pas de l'opinion de quelques auteurs qui ne trouvent de ressource que dans une action *in factum*.

Sans nous arrêter plus longtemps à ces différents systèmes, nous pensons que, suivant les cas, plusieurs moyens peuvent être mis à la disposition des créanciers postérieurs, pour obtenir le *superfluum*.

Que fait au juste le créancier en vendant la chose engagée? Il est incontestable qu'il use de son droit et qu'il agit avant tout dans son intérêt; mais il faut admettre qu'il fait également l'affaire des autres créanciers, et qu'il peut être en quelque sorte considéré comme un gérant d'affaires. Pour nous il sera donc soumis à l'action *negotiorum gestorum*. Souvent, du reste, ce sera sur les instances mêmes des créanciers postérieurs qu'il se décidera à la vente.

Il faut écarter, bien entendu, l'hypothèse où il y aurait un véritable mandat donné par eux au premier créancier pour procéder à la vente, car ce serait l'action *mandati* qu'ils auraient à exercer contre lui. Ce cas pouvait se présenter, par exemple, lorsque les créanciers postérieurs, trouvant l'occasion favorable

pour vendre, contraignaient le premier en ordre à opérer la *distractio*, en lui garantissant le recouvrement de sa propre créance.

Les créanciers postérieurs pouvaient encore intenter contre le débiteur lui-même l'action *pigneratitia contraria* pour se faire céder l'action *pigneratitia directa* qui compétait à ce dernier contre le créancier vendeur.

Au cas où le débiteur avait touché le *superfluum*, c'est encore au moyen de l'action *pigneratitia contraria* que les créanciers postérieurs pouvaient le lui réclamer.

CHAPITRE V

De la réalisation du gage incorporel.

En étudiant les effets de l'aliénation faite par le créancier, nous avons supposé qu'il s'agissait du gage le plus ordinaire, c'est-à-dire du gage ayant pour objet une chose corporelle. Il nous reste à examiner maintenant, comment, au cas où une chose incorporelle a été constituée en gage, peut s'en opérer la réalisation.

Et d'abord nous devons dire qu'à l'origine, les choses incorporelles ne pouvant être l'objet d'une tradition pas plus que d'une possession, conditions nécessaires à l'existence du contrat de gage, il ne pouvait être question de faire de ces choses des sûretés réelles, jusqu'à ce que du moins le préteur vînt protéger la *possessio juris* à l'égal de la *possessio rei*.

Encore parmi les choses incorporelles faut-il distinguer celles qui existaient *intuitu personæ*, ou qui n'étaient pas susceptibles d'être vendues, comme les droits d'usage et d'habitation. Celles-là nous les laisserons de côté comme ne pouvant en aucun cas faire l'objet d'un gage. D'un autre côté, il faut admettre comme pouvant être valablement engagés les droits de créance, d'usufruit, les droits de gage ou d'hypothèque, de superficie ou d'emphythéose. Ce sont ceux-là seulement qui doivent nous occuper. Enfin nous dirons, dans un paragraphe spécial, quelques mots des servitudes réelles qu'à raison des contestations qu'elles ont soulevées, et des distinctions auxquelles elles ont donné lieu, on ne saurait ranger au juste dans l'une des deux catégories que nous venons d'établir.

§ 1. — CRÉANCES

Lorsque le préteur eut admis à l'égard des choses incorporelles la *quasi possessio*, les créances furent

valablement données en gage. Mais le créancier qui les recevait, n'y trouvait qu'une sûreté tout à fait incomplète, les principes du droit s'opposant à la vente de la créance engagée. Aussi le préteur dut encore faire fléchir les rigueurs du droit devant les considérations d'intérêt pratique, et il arriva à rendre ce gage utile entre les mains du créancier gagiste, au moyen de la *procuratio in rem suam*. Le créancier gagiste, non payé à l'échéance, obligeait de cette manière le créancier son débiteur à céder sa créance à un tiers, et à lui payer le prix moyennant lequel l'acheteur avait obtenu la cession.

Un autre moyen fut encore reconnu au créancier gagiste pour se payer sur la créance affectée à sa garantie. C'était d'agir lui-même par une action utile contre le débiteur de la créance engagée (L. 7, C., *de hered. vel act vend.*, liv. IV, tit. 39). Il obtenait encore, comme par le premier mode, le paiement de cette créance, et se trouvait désintéressé jusqu'à concurrence du prix qu'il recevait. Mais la créance engagée pouvait avoir pour objet autre chose qu'une somme d'argent; dans ce cas, l'objet livré devenait son gage, et il n'avait plus, pour le convertir en argent, qu'à employer les voies d'exécution que nous avons indiquées.

Il est à remarquer que le débiteur de la créance engagée pouvait valablement payer entre les mains de son créancier, tant que le gagiste ne lui avait pas notifié son droit de gage. Mais après la notification, le paiement qu'il faisait entre les mains de son créan-

cier n'était pas valable à l'égard du gagiste, et il restait obligé jusqu'à concurrence de l'intérêt de ce dernier.

§ 2. — SERVITUDES PERSONNELLES

Les droits d'usage et d'habitation étant, nous l'avons dit, incessibles, il ne peut être question ici que de l'usufruit. Le droit d'usufruit pouvait être donné en gage soit par le propriétaire de la chose, soit par l'usufruiter lui-même.

Dans le premier cas le droit de vendre ne pouvait se réaliser que par la constitution d'un droit d'usufruit au profit et sur la tête de l'acheteur. Le créancier non payé à l'échéance, avait le droit de contraindre son débiteur nu propriétaire du gage, à constituer ce droit par un des modes du droit civil, et en cas de refus de la part de ce dernier, pouvait agir contre lui au moyen de l'action *pigneratitia contraria*. Lorsque le créancier procédait lui-même à la constitution, l'acheteur était protégé contre l'action du propriétaire par l'exception *pacti conventi*.

Etait-ce l'usufruitier lui-même qui avait constitué son droit en gage, il n'avait pu transférer ce droit à son créancier de façon à ce que celui-ci fut réellement usufruitier à sa place ; la seule chose qui lui était permise, c'était de transporter à ce dernier le bénéfice de son droit, le droit lui-même restant d'ailleurs sur la tête du constituant. Et alors quelle était la position du créancier ? Il avait l'action *confessoria* utile pour

faire reconnaître son droit, et en même temps une exception pour repousser l'action du propriétaire aussi bien que celle de l'usufruitier. Du reste il acquérait sur les fruits perçus un droit de gage qui lui conférait la faculté de les vendre, pour se payer de sa créance. Et même à l'échéance il pouvait vendre son usufruit en obligeant le titulaire de ce droit à en céder l'exercice à son acheteur. C'est dans ce droit que consistait, dans l'espèce, le *jus distrahendi*.

§ 3. — DROITS DE GAGE ET D'HYPOTHÈQUE

La loi 13, § 2, *De pign. et hyp.*, D., liv. XX, t. 1, suppose formellement que ces droits pouvaient être, par celui qui en était investi, affectés à la garantie de sa propre dette, et accorde même au second créancier au profit duquel un pareil gage est constitué, une exception contre le premier constituant qui viendrait à revendiquer sa chose avant d'avoir acquitté sa dette, et même une action hypothécaire utile pour faire valoir son droit sur la chose engagée.

Mais il est évident que le second constituant ne pouvait transporter à son créancier plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Aussi le droit de ce dernier s'éteignant par le paiement, celui de son créancier devait tomber aussi par voie de conséquence.

Mais le second créancier n'avait-il pas, au moins dans cette hypothèse, une action utile pour obtenir les deniers payés à son constituant.

On conçoit que si celui-ci devait être réputé avoir

engagé la créance elle-même avec le droit de gage ou d'hypothèque, il ait eu droit au montant de cette créance. Et même comme nous l'avons dit, en supposant qu'il ait fait connaître au propriétaire du gage les droits conférés sur cette chose par son créancier, il pouvait obliger ce premier constituant à payer une seconde fois entre ses mains le montant de sa créance payée indûment au premier gagiste. Mais nous ne croyons pas que le *subpignus* dût renfermer un engagement de la créance de ce dernier, et tous les textes qui ont trait à cette matière, supposent que l'objet du droit était la chose engagée elle-même.

Toutefois, par un motif d'équité, pour ne pas laisser le second créancier entièrement désarmé, le préteur acccordait au créancier qui avait reçu le *subpignus*, l'action utile pour obtenir le montant de la première créance lorsqu'elle était d'une somme d'argent, et, lorsque cette créance avait pour objet un corps certain, la remise de cette chose à titre de gage.

§ 4. EMPHYTÉOSE ET SUPERFICIE

De même que pour le *subpignus*, lorsqu'il est question dans les textes du gage, que peuvent accorder l'emphytéote et le superficiaire, c'est toujours la chose elle-même sur laquelle portent leurs droits, qui est envisagée, et non ces droits eux-mêmes.

Nous pouvons mentionner comme ayant trait à cette hypothèse, la loi 16, § 2, *De pign. act.*, *Dig.*, liv. XIII, tit. 7 et les lois 13, §§ 3 et 31, *De pign. et hyp.*, *Dig.*, liv. XX, tit. 1. Il résulte de ces textes que le droit du créancier gagiste, tout en étant protégé par des actions utiles, comme dans le cas précédent, devait être également maintenu dans les limites mêmes du droit du constituant, et qu'on devait lui appliquer cette maxime : *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, et cette autre : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

§ 5. — SERVITUDES RÉELLES

On distinguait en droit romain deux espèces de servitudes réelles ; les servitudes urbaines et les servitudes rurales.

La nature des unes comme des autres, s'oppose en principe à ce qu'elles fassent l'objet d'un gage ou d'une hypothèque, au moins lorsqu'elles sont constituées. On ne comprendrait pas en effet comment, par exemple, Primus qui a un droit de passage sur le fonds de Secundus, voisin du sien, pourrait céder ce droit à Tertius propriétaire d'un autre fonds voisin. Le droit de passage en effet fait partie du fonds au profit duquel il est constitué, il sera hypothéqué avec lui, mais il ne saurait en aucune sorte en être distrait au profit d'un autre.

Donc pour nous, s'il peut être question de constituer une servitude en gage, c'est seulement lorsque cette servitude n'est pas encore établie. Et alors voici comment nous expliquerions d'après la loi 12, *De pign. et hyp.*, Dig., liv. XX, tit. 1, le procédé par lequel on pourrait, dans une certaine mesure, utiliser au point de vue du crédit, cet élément du patrimoine. Le propriétaire d'un fonds, que nous supposons libre, convient avec son créancier, que celui-ci pourra exercer une servitude sur son fonds et la vendre à un propriétaire voisin, en cas de non paiement de la dette à l'échéance. Mais pour que le créancier puisse user de la servitude, il faut qu'il ait lui-même un fonds voisin, et alors ce sera à proprement parler un droit de gage qui lui sera conféré. Autrement il n'aurait jamais que le droit de vendre à un voisin du fonds de son débiteur, une servitude dont il n'aurait pu user par suite d'une impossibilité matérielle. Et ce cas se serait une hypothèque et non un droit de gage qu'il aurait sur cette servitude éventuelle. Pomponius cité par Paul reconnaît du reste ce droit *propter utilitatem contrahentium.*

Mais le droit d'engager une servitude n'existait pas indistinctement à l'égard de toutes les classes de servitudes, et la loi qui précède immédiatement celle que nous venons de mentionner, porte expressément que les servitudes urbaines ne peuvent être hypothéquées, *jura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt ut hypothecæ sint.* La raison de cette prohibition est, pensons-nous,

que ces servitudes étaient d'une vente plus difficile que les servitudes rurales. Elles n'offraient la plupart du temps d'utilité qu'à un très petit nombre de personnes, et il y avait lieu de craindre que le créancier ne trouvât pas à les vendre en cas de non paiement de sa créance.

DROIT FRANÇAIS

DE LA

SURENCHÈRE DU DIXIÈME SUR ALIÉNATION VOLONTAIRE

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Définition de la surenchère en général. — Variétés. — Historique et Législation.

La surenchère est l'offre faite par une personne capable, à la suite de l'aliénation d'un immeuble, de se rendre adjudicataire de cet immeuble, à défaut d'enchérisseur, moyennant un prix supérieur déterminé par la loi dans son *minimum*, lequel servira de bases à l'enchère.

On distingue dans notre droit trois espèces de surenchère :

1° La surenchère du *sixième* établie en faveur de toute personne. Autorisée à l'origine seulement en cas de vente sur expropriation forcée, elle a été étendue par la loi du 2 juin 1841, à la plupart des adjudications d'immeubles faites en justice.

2° La surenchère du *dixième sur aliénation volontaire* qui n'existe qu'au profit des créanciers hypothécaires ou privilégiés.

3° La surenchère du *dixième après faillite*, admise comme la première dans l'intérêt de toute personne.

Ces diverses sortes de surenchère, encore bien qu'elles diffèrent entre elles, soit par les personnes auxquelles est accordé le droit de les exercer, soit par les conditions mêmes auxquelles en est subordonné l'exercice, soit notamment quant au prix auquel elles doivent être faites, ont toutes un objet commun, celui d'être pour les intéressés une garantie contre la fraude ou la surprise et un moyen de porter l'immeuble aliéné à sa valeur réelle.

La surenchère est à proprement parler une création du droit français. On a bien pu, il est vrai, rapprocher de notre surenchère la clause connue chez les Romains, sous le nom de *in diem addictio*, et par laquelle le vendeur stipulait que la vente serait résolue au cas où dans un délai déterminé, un second acquéreur viendrait offrir un prix plus élevé de la chose aliénée. Mais il y a loin de cette sorte de surenchère conditionnelle à la surenchère telle qu'elle existe actuellement dans notre droit.

Du reste, nous ne voyons nulle part que, dans le droit romain, un créancier hypothécaire ait été jamais admis en cette qualité, à offrir un supplément de prix, au cas de vente de son gage. Il pouvait seulement exercer l'action en délaissement contre le tiers détenteur, action que celui-ci ne pouvait éviter qu'en payant le montant de la dette, sauf pourtant le cas où le créancier avait approuvé la vente consentie sur son débiteur, cas auquel il était réputé avoir accepté le prix stipulé (L. 4, §§ 1 et 2, D., *Quib. mod. pign.*, liv. XX, tit. 6), et à plus forte raison lorsqu'il avait lui-même fixé les conditions de la vente (L. 18, Code, *De distract. pign.*, liv. 8, tit. 28). Mais l'acquéreur n'avait point la faculté de purger l'immeuble en offrant son prix aux créanciers, pas plus que ces derniers n'avaient le droit de résoudre le contrat par l'offre d'un prix supérieur.

Il est donc incontestable que notre droit français a dû innover au moins sur ce point. Et ce n'est pas le seul, il faut bien le reconnaître ; en effet, si l'on ne peut rien trouver en droit romain qui puisse faire supposer que le droit de surenchérir un immeuble hypothéqué, pas plus que le droit de purger qui lui est corrélatif, aient jamais été connus, il est encore plus difficile de découvrir dans les textes quelque chose qui ressemble à notre surenchère sur expropriation forcée.

Mais bornons-nous dès à présent à la surenchère sur aliénation volontaire qui seule doit faire l'objet de cette étude.

Le Droit romain qui a servi pendant longtemps de loi en France au moins dans son essence, est resté

notamment sur ce point en vigueur jusqu'en 1771, et il ne paraît pas qu'avant cette époque, aucun droit de surenchère ait été accordé aux créanciers, en cas d'aliénation volontaire. L'édit de 1771 auquel est réellement due la création de cette espèce de surenchère, accorda à tout créancier légitime du vendeur, aussi bien au simple créancier chirographaire qu'au créancier hypothécaire ou privilégié, le droit de surenchérir d'un dixième sur le prix de l'immeuble aliéné. Mais cette soumission n'aboutissait pas nécessairement comme aujourd'hui à la mise en adjudication de l'immeuble, et l'acquéreur avait le droit de conserver la propriété de l'immeuble, *en parfournissant le plus haut prix*. Ce sont les expressions mêmes de l'édit.

Bien que nous n'ayons point à faire ici la critique du système de l'édit de 1771, nous pouvons reconnaître qu'il laissait beaucoup à désirer, et les modifications importantes qui durent y être apportées dans la suite, en sont la preuve la plus frappante qu'on en puisse donner.

C'est d'abord la loi hypothécaire du 11 brumaire an VII qui, jetant, on peut le dire, les premières bases du système admis aujourd'hui en matière de surenchère sur aliénation volontaire, et pour se conformer aux principes actuellement en vigueur, n'admit plus à surenchérir que les créanciers hypothécaires inscrits.

De plus la surenchère dont le taux fut élevé au vingtième en sus du prix, emporta dès ce moment, réquisition de mise aux enchères. Toutefois elle diffé-

rait encore sensiblement, quant à ses effets, de notre surenchère actuelle. Ainsi, dans le cas où il ne se présentait pas de nouveaux enchérisseurs sur la mise en adjudication, le surenchérisseur ne devenait propriétaire de l'immeuble, pour le prix par lui offert, que s'il requérait adjudication à son profit. Dans le cas contraire la propriété restait à l'acquéreur surenchéri, moyennant le prix fixé par le contrat ou celui qu'il avait offert. Quant au surenchérisseur il était tenu de payer le supplément de prix porté dans son acte de surenchère, ainsi que les frais de poursuite.

Les règles relatives à la surenchère sur aliénation volontaire furent définitivement établies par le Code civil dans les articles 2185 et suivants, actuellement encore en vigueur. Ces articles doivent toutefois être complétés par les articles 832 à 838 du Code de procédure modifiés par la loi du 2 juin 1841, et dont deux notamment l'article 834 et l'article 835 ont été abrogés par la loi sur la transcription du 23 mars 1855. Nous allons être obligés d'étudier au moins succintement ces différentes modifications, à propos de l'inscription des créanciers, pour bien déterminer le caractère de notre surenchère, et pour cela nous entrons de suite dans l'étude même de la matière.

CHAPITRE PREMIER

Qu'est-ce que la surenchère du dixième ? — Son utilité. — Dans quel cas elle a lieu. — Sur quels biens elle peut porter.

Lorsqu'une personne acquiert un bien grevé d'hypothèques, elle a plusieurs moyens de se soustraire aux poursuites des créanciers. Elle peut d'abord payer à chacun le montant intégral de sa créance, ou bien encore délaisser l'immeuble. Mais, si elle tient à le conserver, et si d'un autre côté, elle ne veut pas acquitter toutes les créances, parce que la somme en est bien supérieure au prix d'acquisition ou à la valeur réelle de l'immeuble, alors elle a recours à ce qu'on appelle la purge.

Ce moyen lui permet de ne pas délaisser l'immeuble, et en même temps de ne pas en subir l'expropriation, à défaut d'un paiement intégral fait à chacun des créanciers. D'autre part, il évite au tiers acquéreur l'ennui d'attendre les poursuites de ces derniers, ce qui, notamment au cas où il y aurait des créanciers à terme ou conditionnels, serait pour lui un état d'incertitude des plus fâcheux, et de plus une entrave à la circulation des biens.

L'acquéreur qui veut purger, offre aux créanciers hypothécaires, le prix de l'immeuble lorsqu'il l'a acquis

à titre onéreux, ou bien, lorsqu'il l'a reçu à titre gratuit, la valeur qu'il croit devoir y attacher.

Dans cette hypothèse, les créanciers peuvent, soit accepter la somme offerte, si elle leur convient, soit, s'ils la jugent insuffisante ou du moins trop inférieure à la valeur réelle de l'immeuble, provoquer sa mise aux enchères.

Toutefois comme la loi ne veut pas que le simple caprice d'un créancier qui n'aurait que l'espoir souvent peu fondé d'arriver à un prix supérieur à celui offert, puisse entraîner l'expropriation du tiers acquéreur, elle exige de celui qui requiert la mise aux enchères, qu'il s'engage à se porter adjudicataire, à défaut d'enchérisseurs, moyennant ce prix augmenté d'un dixième au moins. C'est dans cette offre du dixième que consiste l'espèce de surenchère que nous nous proposons d'étudier ici.

Est-il besoin de montrer l'utilité de la surenchère en cas de purge ?

Elle ressort suffisamment, croyons-nous, des explications que nous venons de donner, quelque courtes qu'elles soient. Le droit de surenchérir est, comme dit Troplong, un droit éminemment utile, en ce qu'il donne aux créanciers les moyens de porter l'immeuble à sa véritable valeur, et de déjouer les fraudes par lesquelles on aurait voulu masquer à leur détriment une portion du prix. La surenchère, en un mot, permet aux créanciers de tirer le plus de profit possible de l'immeuble, et leur assure l'utilité entière de leur hypothèque, en leur faisant obtenir tout ce qu'ils pouvaient légitimement en attendre.

La surenchère du dixième n'a lieu qu'à la suite d'une aliénation volontaire, mais sans qu'il y ait à distinguer si cette aliénation est faite à titre onéreux ou à titre gratuit, si c'est par exemple une vente, un échange, une donation ou bien un legs. Peu importe également que l'aliénation soit pure et simple ou sous condition résolutoire, par exemple : une vente avec clause de réméré. Si l'aliénation au contraire avait lieu sous une condition suspensive, la surenchère du dixième serait impossible tant que la condition ne se serait pas réalisée. l'acquéreur n'ayant pas le droit de purger, puisqu'il n'est pas encore propriétaire.

La surenchère du dixième doit encore être admise dans les ventes judiciaires, sauf les exceptions que nous signalons plus loin.

Et pour décider ainsi, nous n'avons qu'à rechercher les motifs qui ont fait admettre tous les créanciers inscrits à la surenchère du dixième dans le cas d'aliénation volontaire : c'est qu'ils n'ont pas été avertis de la vente, et qu'il y a lieu de craindre que l'immeuble n'ait pas été vendu à son juste prix. Or, dans le cas de ventes judiciaires autres que celles sur expropriation forcée, la même crainte existe pour les créanciers inscrits, parce qu'ils n'ont pas été prévenus de l'adjudication et qu'ils ont pu se trouver éloignés des enchères. Cette opinion du reste généralement admise par les auteurs et la jurisprudence, a été consacrée par loi de 1841.

Ainsi, partant du principe que nous venons d'indiquer, nous admettrons le droit de surenchérir du

dixième dans toutes les ventes auxquelles les créanciers inscrits ne sont pas appelés : ventes sur licitation, ventes de biens de mineurs, ventes de biens dépendant de successions bénéficiaires ou de successions vacantes, enfin ventes de biens dotaux.

Pour la même raison, nous croyons aussi, avec MM. Aubry et Rau que la surenchère du dixième est praticable après adjudication des immeubles d'un failli sur la poursuite d'un syndic, mais alors seulement que la surenchère spéciale de l'art. 573 du code de commerce n'a pas eu lieu. C'est qu'en effet, décider autrement serait compromettre le droit des créanciers qui, n'ayant pas été parties à la vente, l'ont peut-être ignorée, la notoriété seule de la faillite étant insuffisante à remplacer les notifications qui ont lieu en cas de saisie. Cette question toutefois est vivement controversée.

La surenchère du dixième ne peut être faite sur le prix d'expropriation pour cause d'utilité publique. L'article 17 de la loi du 3 mai 1841 est formel à cet égard, et cette disposition est même étendue par l'article 19 (alinéa 1[er]) de la même loi, au cas de cession amiable.

En cas de vente sur expropriation forcée, la surenchère du dixième n'est pas possible, puisqu'il ne s'agit pas d'une vente volontaire ; mais si la vente forcée a été convertie en vente volontaire sans le concours des créanciers inscrits, c'est-à-dire avant la sommation prescrite par l'article 692 C. pr., la surenchère du dixième peut avoir lieu. Les créanciers en effet sont restés complètement étrangers à la vente et

n'ont pu veiller à la conservation de leurs droits. La vente est donc pour eux purement volontaire, et l'article 2185 C. civ., est évidemment aussi applicable dans cette hypothèse, que dans le cas d'une vente amiablement consentie par le débiteur. Il va sans dire que la surenchère ne serait pas admissible de la part du poursuivant lui-même qui aurait consenti la conversion en vente sur publications volontaires, car il ne pourrait avoir ignoré l'adjudication (Caen, 13 décembre 1833).

Les créanciers inscrits ne peuvent exercer le droit de surenchère du dixième sur une vente qui a lieu par suite de cession de biens judiciaire. En effet, le jugement qui autorise la cession, ne peut être rendu sans que tous les créanciers y aient été appelés. Leur situation est donc identique à celle que leur fait une vente sur saisie immobilière ou une vente forcée convertie sur leur demande en vente judiciaire. Ils sont mis en demeure de veiller à leurs intérêts, et n'ont en conséquence aucun besoin du droit consacré par l'article 2185 C. civ., pour le cas où une vente a été faite en leur absence. On peut se demander toutefois si cette question offre encore un intérêt depuis la loi du 22 juillet 1867 qui a aboli la contrainte en matière civile et commerciale.

La surenchère du dixième n'est pas possible sur une adjudication à la suite d'une surenchère du sixième. C'est en effet une règle de notre procédure, *que surenchère sur surenchère ne vaut* (art. 710, § 2, 965, § 2). D'ailleurs, M. Persil, rapporteur de la loi de 1841, a déclaré qu'une adjudication sur

surenchère du sixième avait pour effet d'empêcher toute nouvelle surenchère, même du sixième.

Elle est également impossible, croyons-nous, par application de la même règle, en cas d'adjudication sur surenchère du dixième. L'art. 838 est, au surplus, formel à cet endroit. Pourtant, d'excellents auteurs ont pensé, en présence du dernier alinéa de cet article, que les créanciers à hypothèques légales dispensées d'inscription, avaient encore la faculté de faire une nouvelle surenchère. Mais il nous paraît difficile d'admettre que le législateur ait contredit le principe qu'il venait de poser. Nous pensons, avec MM. Aubry et Rau, que l'art. 838 doit s'interpréter en ce sens, que, si après une purge ordinaire suivie d'adjudication sur surenchère, les créanciers à hypothèque légale, mis en demeure de s'inscrire par le procédé indiqué par la loi, conservent leur droit de suite, grâce à l'inscription prise dans les deux mois, ce droit ne leur permet pas de faire une surenchère, mais seulement de se présenter pour recevoir, s'il y a lieu, leur paiement des mains de l'adjudicataire.

La surenchère du dixième peut avoir lieu après adjudication sur folle enchère. En effet, la première adjudication se trouvant résolue par la seconde, les créanciers inscrits sont dans la même position que s'il n'y avait eu qu'une seule vente. Ajoutons cette considération, que l'adjudication sur folle enchère, loin d'augmenter le prix de l'immeuble, comme le fait la surenchère, sera la plupart du temps tranchée à un prix inférieur à celui de la première adjudica-

tion. Toutefois, la surenchère du dixième après folle enchère, ne sera possible que pour les ventes qui sont susceptibles de cette sorte de surenchère. Elle ne pourrait avoir lieu, par exemple, si la vente sur folle enchère avait été poursuivie contre un surenchérisseur (Bourges, 8 avril 1873; D. 74-2-144).

Après avoir dit dans quelles ventes le droit de surenchérir peut être exercé, voyons sur quels biens il peut porter.

La surenchère du dixième, nous le savons, suppose nécessairement une hypothèque, par conséquent elle ne peut s'appliquer qu'aux biens sur lesquels peut porter une hypothèque, et encore à ceux-là seulement qui sont personnellement susceptibles du droit de suite. Ainsi, pas plus que les droits d'usage et d'habitation qui ne peuvent en aucun cas être hypothéqués, comme étant des droits incessibles, les servitudes ni les accessoires d'un immeuble à l'égard desquels, en cas d'aliénation partielle, le droit de suite ne peut s'exercer, ne sauraient être l'objet d'une surenchère.

Spécialement, comme l'a décidé la cour d'appel de Rouen (25 juillet 1873), des métiers à tisser, qui sont devenus immeubles par destination lorsqu'ils ont été placés dans une usine pour servir à son exploitation, ne sauraient donner lieu à une surenchère, lorsqu'ils viennent à être vendus séparément de l'immeuble auquel ils sont attachés, parce qu'ils reprennent alors leur nature de meubles.

Le droit d'emphythéose que la jurisprudence cons-

tante de la cour suprême déclare susceptible d'hypothèque[1] peut, par suite, être l'objet d'une surenchère. Quant à l'usufruit, le doute n'est pas possible en présence des textes formels des articles 2118 et 2204 C. civ.

La surenchère étant, comme nous l'avons vu, un moyen pour les créanciers inscrits d'arriver à faire produire à leur gage la plus forte somme possible, ne peut être formée par eux que sur les biens affectés à leur hypothèque. Mais l'hypothèque étant indivisible, nous sommes tentés de décider, qu'au cas d'une hypothèque consentie par un débiteur sur un immeuble indivis, la surenchère devra porter sur la totalité de l'immeuble, s'il est impartageable ou du moins peu commodément partageable en nature.

Il en serait autrement du cas où l'hypothèque portant sur un ou plusieurs immeubles, ces immeubles seraient vendus en un seul lot avec d'autres non hypothéqués.

Du reste, comme nous le verrons, l'art. 2192 C. civ. exige de l'acquéreur, dans cette hypothèse, qu'il déclare dans sa notification le prix qu'il entend attribuer à chaque immeuble.

De même encore, il faudrait admettre que le créancier qui a une hypothèque spéciale et distincte sur chacun des immeubles vendus dans les mêmes conditions, pour une même créance, pourrait faire porter sa surenchère sur l'un d'eux seulement, à son choix.

[1] Cass. 19 juillet 1832; 18 mai 1847; 6 mars 1850; 26 avril 1853.

Nous étudierons plus loin, lorsque nous aurons à parler du taux de la surenchère, la question de savoir si la même faculté devrait être donnée à un créancier à hypothèque générale, lorsqu'il y aurait eu ventilation faite par l'acquéreur, à raison des différentes hypothèques spéciales portant sur les mêmes immeubles.

CHAPITRE II

Qui peut surenchérir ?

Sous cette question nous avons deux choses à examiner. Nous avons à nous demander d'abord quels créanciers peuvent surenchérir, et quelles qualités ils doivent remplir en tant que créanciers ; en second lieu, quelle doit être leur capacité.

§ 1er. — QUELS CRÉANCIERS ET QUELLES QUALITÉS ILS DOIVENT AVOIR

Une première condition pour surenchérir, c'est pour le créancier, d'avoir un titre inscrit. L'art. 2185 C. civ. est formel à cet égard, et cette disposition

n'est qu'une conséquence de la règle générale de notre droit qui veut que les hypothèques ne puissent produire leurs effets qu'autant qu'elles sont inscrites. Certaines hypothèques toutefois, l'hypothèque légale des mineurs et des interdits sur les immeubles de leur tuteur, et celle de la femme mariée sur les immeubles de son mari, existent aux termes mêmes du Code civil, indépendamment de toute inscription. Or, il y a lieu de se demander si, même à l'égard de ces créanciers, le droit de surenchérir est subordonné à la formalité de l'inscription. La question est des plus controversées. M. Troplong, et après lui MM. Bioche et Petit ont pensé que la disposition de l'art. 2185 était des plus absolues et ne comportait aucune exception, et pour décider que les mineurs, interdits et femmes mariées ne peuvent, à raison même de leur hypothèque légale, surenchérir qu'autant qu'ils sont inscrits, ils se fondent sur les art. 2193, 2194 et suivants où ils trouvent la preuve, que si les hypothèques existent bien sans inscription, du moins elles ne peuvent produire effet sans elle.

D'autres auteurs, au contraire, et nous nous rattachons à cette seconde opinion, pensent que l'inscription n'est pas nécessaire. C'est qu'en effet, le droit de suite attaché à l'hypothèque, existe pour les hypothèques légales, indépendamment de toute inscription, et par conséquent, les créanciers auxquels elles appartiennent peuvent faire valoir ces droits, notamment par la surenchère du dixième. C'est la doctrine de MM. Aubry et Rau, Pont, Chauveau, Lepage et Pigeau.

Donc, en principe, il faut l'inscription pour pouvoir surenchérir. La nécessité de l'inscription est telle que la mauvaise foi de l'acquéreur, la connaissance qu'il aurait de l'hypothèque, ne pourraient suppléer au défaut d'inscription.

L'inscription doit être d'abord valablement prise. Le créancier qui requiert une inscription hypothécaire n'en ayant pas le droit, et qui l'obtient, ne peut en vertu de cette inscription, prétendre au droit d'exercer la surenchère. Telle serait, par exemple, une inscription reposant sur un titre prescrit. On conçoit facilement, en effet, qu'un créancier pareillement inscrit, ne l'est pas en réalité, et ne peut, en conséquence, réclamer les droits qu'emporte une inscription légalement faite. Il faut en dire autant d'une inscription nulle pour défaut de forme, elle ne saurait pas plus produire effet.

Mais, dès lors que l'inscription est valablement prise, sa radiation seule peut enlever au créancier le droit de surenchérir. Ainsi, il conserve ce droit, alors même qu'il a donné main-levée de son inscription, tant que celle-ci n'est pas rayée, pourvu, toutefois, que la créance existe encore.

La seconde condition, en effet, c'est que s'il faut être inscrit pour surenchérir, il faut avant tout être créancier. Peu importe, d'ailleurs, que la créance soit pure et simple, à terme ou sous-condition. Ainsi, celui qui aurait été payé ou désintéressé, bien que son inscription subsiste encore sur les registres du conservateur, n'est plus créancier qu'en apparence, puisque son titre est éteint, et il n'a plus, par consé-

quent ni qualité, ni intérêt pour surenchérir. L'acquéreur de l'immeuble hypothéqué peut bien, il est vrai, lui avoir notifié l'acte d'acquisition, mais cette notification ne saurait avoir pour effet de faire revivre les droits attachés à une créance qui n'existe plus.

Le créancier inscrit qui n'a touché qu'un paiement partiel conserve avec son inscription et sa créance, pour le surplus, la faculté de surenchérir, et on ne peut induire de ce fait d'avoir reçu un acompte, qu'il ait renoncé à son droit d'exercer une surenchère. C'est une juste application du principe qui veut que la renonciation à un droit ne soit jamais présumée.

C'est au débiteur d'abord qu'appartiendra la faculté de critiquer la valeur de l'inscription prise par son créancier, aussi bien sous le rapport du droit lui-même que quant à la forme. Il est inutile de montrer quel intérêt il peut avoir à le faire. Mais l'acquéreur, lui aussi, qui doit tenir à conserver l'immeuble et par conséquent à ce que la surenchère ne soit pas admise, a le droit de contester soit l'existence de l'hypothèque elle-même, soit la régularité de l'inscription. La Cour de Caen, dans un arrêt du 29 février 1844, décide que ce droit lui appartient même à l'égard d'un créancier auquel il aurait notifié son contrat. Cette décision nous paraît des plus équitables. Il suffit, du reste, pour s'en convaincre, de lire les considérations qui ont motivé l'arrêt.

Supposons maintenant que, ces deux conditions remplies, une inscription a été omise sur l'état délivré par le conservateur. Le créancier, que l'acquéreur ne connaît pas ou est du moins en droit de ne

pas connaître, puisque l'état des inscriptions, le seul titre auquel il doive légalement s'arrêter, ne lui révèle pas son existence, ce créancier auquel, par conséquent, aucune notification n'aura été faite, aura-t-il quand même le droit de surenchérir? Nous n'avons pas besoin, à ce qu'il nous semble, pour répondre à cette question, de nous demander si la notification du contrat d'acquisition est toujours nécessaire pour ouvrir le droit de surenchérir. Ce point sera examiné plus loin. D'autres considérations suffiront à justifier l'opinion que nous devons admettre.

Et d'abord la question que nous nous posons est sans intérêt au cas où l'acquéreur a notifié son contrat aux créanciers révélés par le certificat, et que ceux-ci ont laissé passer le délai légal sans exercer une surenchère. L'immeuble, dit l'art. 2198, C. civ., demeure *affranchi* entre les mains de l'acquéreur.

Mais que décider dans le cas où le créancier omis dans le certificat est encore dans le délai donné aux créanciers à qui la notification du contrat est faite? Nous pensons que, même dans ce cas, le créancier omis ne peut surenchérir. L'art. 2190, C. civ., en effet, en mettant l'acquéreur à l'abri du droit de suite de la part de ce créancier, le protège également contre le droit de surenchérir qui n'est qu'un corollaire du droit de suite. Ainsi, le créancier omis, sauf la faculté pour lui de venir à l'ordre ouvert entre les créanciers inscrits, tant que cet ordre n'aura pas été homologué, ne pourra exercer qu'une action en dommages-intérêts contre le conservateur.

Il en est tout autrement de l'hypothèse où, l'acqué-

reur ayant reçu un état complet des inscriptions, néglige de notifier son contrat. Toutefois, nous ne lui accorderions point ce droit, si, après les notifications aux créanciers inscrits autres que lui, il y avait eu une surenchère du dixième formée par l'un d'eux, et cette solution nous la fondons sur la maxime : *Surenchère sur surenchère ne vaut.* D'ailleurs, ce droit lui serait inutile, puisque, les hypothèques autres que la sienne étant purgées, il serait certain, grâce à l'hypothèque qui subsiste, de recouvrer sa créance, sans avoir besoin de recourir à la surenchère.

Nous avons dit qu'il fallait être inscrit pour avoir le droit d'exercer la surenchère, mais à quelle époque est-il nécessaire que l'inscription soit prise?

Sur ce point, la législation a beaucoup varié et il importe à cette occasion, sans vouloir revenir sur ce que nous avons dit en commençant de l'historique de la surenchère, de rappeler aussi brièvement que possible, la procédure de la purge, sous les différentes lois qui ont successivement régi la matière.

Sous l'édit de 1771 qui, le premier, établit réellement la purge des hypothèques, et on peut le dire a servi de fondement à notre système actuel, il y avait dans chaque bailliage ou sénéchaussée, une chancellerie, où l'acquéreur d'un immeuble qui voulait se mettre à l'abri de toute poursuite hypothécaire, devait déposer son titre d'acquisition entre les mains d'un greffier. Ce greffier était tenu, dans les trois jours du dépôt, d'inscrire sur un tableau placé à cet effet dans l'auditoire du tribunal, un extrait du contrat contenant translation de propriété, le prix et les conditions

de la vente. Cet extrait devait rester exposé deux mois, délai pendant lequel tout créancier hypothécaire pouvait former opposition au greffe, et faire en outre une surenchère du dixième au moins, du prix principal d'acquisition. Si, après cette première surenchère, les autres créanciers voulaient à leur tour exercer le même droit, ces nouvelles surenchères devaient être chacune du vingtième en sus du prix principal. Enfin l'acquéreur pouvait conserver l'immeuble en payant le prix de la dernière surenchère.

Dans le cas où il y avait des oppositions sans surenchère, l'acquéreur obtenait des lettres de ratification à charge de payer son prix entre les mains de ces opposants. Enfin, à défaut d'oppositions faites dans le délai de deux mois, l'immeuble était dégrevé, et l'acquéreur devenait propriétaire incommutable. L'édit de 1771 resta en vigueur jusqu'à la Révolution qui organisa un nouveau système hypothécaire dont le fondement fut la publicité des droits réels.

Nous ne dirons rien de la première loi relative à cette matière, celle du 9 messidor an III qui ne fut jamais appliquée.

La seconde loi, qui fut du 11 brumaire an VII est restée en vigueur jusqu'à la promulgation du Code. Aux termes de cette loi, les hypothèques ne pouvaient être opposées aux tiers qu'autant qu'elles étaient inscrites avant la transcription de l'acte translatif de propriété. L'acquéreur sur aliénation volontaire n'avait donc, lorsqu'il voulait purger, qu'à notifier aux créanciers hypothécaires inscrits son titre d'acquisition préalablement transcrit, en leur déclarant qu'il

était prêt à acquitter leur créances jusqu'à concurrence de son prix d'acquisition, ou d'une certaine somme qu'il considérait comme représentative de la valeur de l'immeuble hypothéqué. Tout créancier pouvait alors requérir la mise aux enchères, mais en s'obligeant à faire porter l'immeuble à un vingtième en sus du prix offert par l'acquéreur. Faute par les créanciers de faire cette réquisition dans le délai d'un mois à partir de la notification du tiers détenteur, celui-ci était libéré de toutes les hypothèques en payant aux créanciers le prix qu'il avait offert.

Cette loi passa presque tout entière dans le Code civil. Pourtant, comme on fit certaines exceptions au principe de la publicité absolue, il fallut modifier le système de la purge à l'égard des hypothèques dispensées d'inscriptions. De là la distinction du Code en deux espèces de purge : celle des hypothèques inscrites, organisée conformément à la loi de Brumaire, et celle des hypothèques non inscrites qui offre certains points de ressemblance avec le système de 1771.

Mais pour ne parler que des hypothèques inscrites, nous disons que l'inscription devait être prise avant la transcription, pour donner le droit de surenchérir. Le seul but de la transcription sous l'empire du Code civil est d'avertir les créanciers de l'intention de l'acquéreur de purger ; mais elle n'a plus pour effet, comme sous la loi de Brumaire, de valider la vente à l'égard des tiers.

L'article 834 du Code de procédure civile vient ensuite permettre aux créanciers de s'inscrire dans la

quinzaine de la transcription; du moment qu'ils peuvent justifier de cette inscription, ils ont le droit de surenchérir.

Mais aujourd'hui enfin, depuis la loi des 23-26 mars 1855, la transcription est plus que jamais une condition pour acquérir la propriété à l'égard des tiers, et aucune inscription ne peut être valablement prise après la transcription. Toutefois, il y a exception pour le vendeur et le copartageant qui ont aux termes de l'article 6 de cette loi un délai de quarante-cinq jours à partir de l'acte de vente ou du partage, pour faire inscrire leur privilège, nonobstant toute transcription faite dans ce délai.

Ainsi, sauf cette exception, tout créancier hypothécaire et tout créancier privilégié doivent, pour avoir le droit de surenchérir, être inscrits avant la transcription du contrat d'acquisition.

Le droit de surenchérir n'étant pas attaché à la personne du créancier, mais bien à la créance elle-même, il en résulte qu'un cessionnaire qui se trouve substitué dans tous les droits de son cédant, doit avoir la faculté de surenchérir, si cette faculté appartenait à ce dernier.

Mais faut-il pour que le cessionnaire puisse surenchérir, qu'il ait préalablement notifié l'acte de cession ? Cela nous paraît absolument certain. En effet, aux termes de l'article 1690 du Code civil, le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que lorsqu'il a notifié son titre. Jusque-là il n'est pas recevable à poursuivre le débiteur, et par conséquent on ne saurait lui accorder le droit de surenchérir. Comment en effet, alors qu'il n'est pas créancier vis à vis du débiteur, pour-

rait-il être créancier inscrit à l'égard de l'acquéreur, et avoir le droit d'amener la résolution d'une vente légalement consentie ? Le cédant sans doute ne peut se prévaloir du défaut de signification du transport, puisqu'ayant été partie à l'acte, il est même tenu d'en assurer l'exécution. Quant à l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué, il ne connaît pas le cessionnaire, et il ignore même la convention qui peut être intervenue entre ce dernier et le cédant.

Mais si le tiers détenteur a eu connaissance de la cession, cette connaissance peut-elle suppléer au défaut de signification ? Nous ne le croyons pas, car en procédure on ne doit tenir compte que des actes, et d'ailleurs il serait bien difficile et souvent même impossible d'établir que l'acte de transport était suffisamment révélé à l'acquéreur. C'est du reste l'opinion de Ferrières, de Troplong et d'un assez grand nombre d'auteurs. Il n'est pas nécessaire pour que le cessionnaire soit en droit de surenchérir qu'il ait signifié préalablement son transport, mais il est encore temps pour lui de faire cette notification dans l'acte même de surenchère.

Tout ce que nous venons de dire au sujet du cessionnaire d'une créance, doit également s'appliquer au subrogé. Sans doute, il existe bien des différences entre une cession et une subrogation ; ainsi notamment la première ne peut résulter que d'une convention, tandis que la seconde peut être l'effet de la loi, celle-là transfère la créance elle-même, celle-ci les prérogatives seulement, etc.. Mais en somme le subrogé est comme le cessionnaire appelé à remplacer le

créancier dans tous les droits résultant de sa créance, et parmi ces droits se trouve nécessairement compris celui de surenchérir, pourvu que la créance soit inscrite. Donc lorsque la subrogation sera conventionnelle, il y aura vraiment identité de position parfaite, et dès lors il faudra obliger le subrogé, comme nous l'avons fait pour le cessionnaire, à notifier son titre à l'acquéreur avant d'exercer la surenchère.

Si la subrogation a lieu de plein droit, le subrogé n'en sera pas moins tenu de faire connaître sa subrogation en notifiant le titre en vertu duquel elle s'est opérée. Ainsi est-ce parce qu'il a désintéressé un créancier inscrit qui lui était préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques, il devra notifier à l'acquéreur les pièces qui constatent ce paiement. Nous déciderons ici, comme dans le cas de cession, qu'il suffit que le subrogé révèle son titre en signifiant sa surenchère.

Mais faut-il que le subrogé et le cessionnaire aient fait inscrire leur titre pour être admis à surenchérir ? Cette formalité nous semble tout à fait inutile. En effet, du moment qu'il existe, du chef du créancier cédant, une inscription suffisante pour conserver les droits qui sont attachés à la créance, les subrogés ou cessionnaires qui sont mis aux lieu et place du créancier inscrit, n'ont qu'à se faire connaître pour être admis à exercer ses droits.

On sait qu'en vertu de l'article 1166 du Code civil, les créanciers ont le pouvoir d'exercer les droits et actions de leur débiteur ; or, le droit de surenchérir est-il de ceux prévus par la loi? Nous le pensons en

présence des termes absolus de cet article, qui n'admet d'exception que pour les droits exclusivement attachés à la personne du débiteur, et il est évident que cette exception ne saurait s'appliquer au droit de surenchère. Mais, de même que les cessionnaires ou subrogés sont obligés de notifier leur titre pour exercer la surenchère, de même et à plus forte raison faut-il exiger, de celui qui agit en qualité de simple créancier, qu'il établisse cette qualité et la fasse connaître à l'acquéreur. Cette justification sera des plus faciles à faire s'il possède un titre authentique de sa créance, à tout le moins un titre sous-seing privé ayant date certaine; il n'aura, en effet, qu'à notifier ce titre au nouveau propriétaire, et dès lors, sauf la contestation que celui-ci pourra en faire, ses droits seront suffisamment établis et lui permettront de surenchérir. S'il ne possède aucun titre ou seulement un titre qui ne peut avoir aucune valeur, il doit renoncer à exercer le droit de surenchérir, faute de pouvoir justifier sa créance.

Si les créanciers peuvent prendre la place de leur débiteur, ce n'est qu'autant que celui-ci ne revendique pas lui-même ses droits. Or si nous appliquons ce principe à notre hypothèse, comme nous y sommes du reste forcés, nous aboutissons à des difficultés inextricables.

Écartons tout d'abord le système de ceux qui prétendent que les créanciers pour exercer les droits de leur débiteur, ont besoin de se faire préalablement subroger aux lieu et place de celui-ci.

Dans ce cas, en effet, la subrogation ne pour-

rait avoir lieu que par un jugement rendu entre le créancier, son débiteur et l'acquéreur; celui-ci par suite connaîtrait le titre qui donnerait au créancier le droit d'agir, par la signification qui lui en serait faite.

Mais si, comme nous le croyons, la subrogation préalable n'est pas nécessaire, comment le créancier saura-t-il si son débiteur est dans l'intention d'exercer la surenchère ou au contraire de s'abstenir? Il pourra bien, il est vrai, faire mettre celui-ci en demeure d'agir, et s'il déclare nettement renoncer à son droit, le créancier pourra surenchérir valablement. Mais si le débiteur se borne à l'inaction, que va faire le créancier? il lui fera peut-être sommation de pratiquer une surenchère et au besoin même il lui assignera un délai pour exprimer sa volonté; mais tout cela n'empêchera jamais que le débiteur ne conserve, jusqu'à l'expiration du délai de quarante jours, le droit de surenchérir. Le créancier ne peut pourtant pas attendre cette expiration qui lui enlèvera désormais tout droit, aussi bien qu'à son débiteur. D'un autre côté, s'il surenchérit après le délai qu'il a déterminé dans sa mise en demeure, et qu'ensuite le débiteur qui n'est pas privé de l'exercice personnel de son droit qu'il a gardé malgré son silence, vienne à faire à son tour une surenchère, il va y en avoir deux au lieu d'une; l'une formée par celui qui en a légalement le droit, et l'autre par celui qui ne peut agir qu'à son défaut. Comment donc concilier des droits si opposés ?

Voici la solution qui pourrait être proposée. Nous l'empruntons à M. Petit : Si le débiteur obéit à la

sommation, les créanciers auront seulement le droit d'intervenir pour veiller à leurs intérêts, et, en cas de fraude et de négligence, pour demander la subrogation.

S'il reste dans l'inaction, les créanciers seront admis à surenchérir dans les délais de l'article 2185 du Code civil. Et alors deux hypothèses sont à considérer : ou bien le créancier inscrit n'exercera pas son droit de surenchère dans les délais légaux, alors la surenchère formée par ses propres créanciers sera valable et définitive, et il devra y être donné suite; ou bien il l'exercera, et dans ce cas la première surenchère sera nulle à l'égard de l'acquéreur, ceux qui l'ont exercée étant, quant à lui, sans qualité pour agir.

§ 2. — Capacité du surenchérisseur

La réquisition de mise aux enchères, bien qu'elle ne constitue, en elle-même et dans son but, qu'un acte conservatoire, étant aussi une promesse qui lie le créancier poursuivant et le rend acquéreur, si sa surenchère n'est pas couverte, ne peut être formée que par une personne capable de s'obliger et d'ester en justice. Il y a, en un mot, dans l'acte de surenchère un caractère mixte dont il faut tenir compte pour résoudre les questions de capacité auxquelles il peut donner lieu.

Et d'abord de ce que la réquisition de mise aux enchères est un engagement, et en même temps une

poursuite en justice, il résulte qu'une femme mariée, même séparée de biens, qui a une créance inscrite contre un tiers, et qui vient à raison de cette créance former une surenchère définitivement valable, doit préalablement obtenir l'autorisation de son mari ou de justice. Une autorisation générale d'administrer donnée par le mari, ne suffirait pas pour permettre à la femme de surenchérir, car la surenchère ne peut être considérée comme un simple acte d'administration.

L'autorisation ne serait pas nécessaire si la surenchère était exercée par la femme séparée de biens judiciairement, sur les immeubles vendus par son mari et pour sûreté de ses reprises. En effet, dans ce cas elle est virtuellement autorisée par justice à la poursuite de ses droits.

L'autorisation qui serait donnée après coup par le mari ou par justice suffirait pour valider la surenchère, car le vice résultant du défaut d'autorisation est purement relatif, et le tiers acquéreur n'est pas admis à s'en prévaloir. Mais nous croyons que cette autorisation subséquente ne pourrait être valablement donnée après l'expiration des quarante jours accordés pour surenchérir. Il n'est pas admissible en effet, qu'il dépende de la seule volonté du mari, de laisser indéfiniment en suspens le sort de la surenchère, pour la rendre nulle ou valable à son gré, suivant qu'il lui plaira de ratifier ou non l'acte fait par sa femme sans autorisation.

Le mari ne peut seul, même sous le régime de la communauté, sans le consentement de sa femme,

exercer une surenchère à raison des créances hypothécaires restées propres à celle-ci, parce que ses pouvoirs sur les biens propres de sa femme ne comportent pas le droit de faire cette opération. Nous ne pouvons mieux faire, croyons-nous, pour établir cette doctrine, que de citer les principaux attendus d'un arrêt rendu en ce sens par la Cour de cassation, le 16 décembre 1840 : « Attendu que les art. 2183, « 2114 et 1428 C. civ., posent comme principes : « 1° que la surenchère ne peut être faite que par le « créancier *inscrit,* à peine de nullité; 2° que la voie « de la surenchère est l'exercice de l'action hypothé- « caire qui de sa nature est *réelle ;* 3° que le mari ne « peut exercer seul que les actions *possessoires et* « *mobilières* de sa femme..... Qu'ainsi l'arrêt attaqué, « en déclarant nulle la surenchère faite par le mari « seul en vertu d'une créance *propre* à la femme et « *inscrite* sous son nom, n'a violé aucune disposition « de la loi. Rejette. »

S'il s'agit de surenchérir à raison des créances faisant partie de la communauté, peu importe que ces créances proviennent de la femme, le mari étant le seigneur et maître de la communauté pourra seul exercer la surenchère.

Si les époux sont mariés sous le régime dotal, à qui appartiendra le droit de surenchérir à raison d'une créance dotale? Est-ce au mari seul qu'il doit être déféré? Il a bien, en effet, sous ce régime, le droit d'administrer les biens dotaux, et aussi celui de poursuivre les débiteurs ou détenteurs de ces biens; mais faut-il lui accorder comme conséquence de ces droits

celui de surenchérir? Voilà un point sur lequel ont été émis des avis bien différents. Sans étudier la discussion qui s'établit entre les auteurs à cet égard, nous conformant à ce que nous avons dit précédemment, à savoir que l'exercice de la surenchère ne peut être considéré comme un acte d'administration, nous refuserons encore ici le droit pour le mari de faire seul une réquisition de mise aux enchères.

Les conséquences graves qu'entraînerait l'admission du système contraire doivent le faire rejeter. D'abord le mari, agissant sans le concours de sa femme, s'exposera à faire une acquisition qui peut exiger une mise de fonds souvent considérable, et à compromettre ainsi non seulement la dot, mais encore la fortune personnelle de sa femme. De plus, le mari qui se portera en son nom personnel surenchérisseur, pourra devenir propriétaire de l'immeuble surenchéri, et il est inutile de dire que la femme aura souvent à souffrir de cette substitution qui n'est même pas agréée par l'acquéreur, celui-ci étant seulement tenu de respecter les droits des créanciers inscrits mais non d'en reconnaître aux personnes qui n'en font point partie. Enfin, si le mari seul a le droit personnel de surenchérir, il a la faculté de renoncer à ce droit aussi bien que de l'exercer, et s'il y renonce, la femme qui, malgré son intérêt à ne pas voir périr le capital de sa dot, n'a plus aucun droit reposant sous son nom, ce droit, appartenant tout entier à son mari, va voir la propriété de l'immeuble, qui aurait pu lui échoir, passer sur une autre tête, et, dans tous les cas, sera ainsi privée

d'une garantie sur laquelle elle était en droit de compter.

De ce que la surenchère ne peut être faite que par une personne capable de s'engager, il résulte encore que les créanciers mineurs et les interdits que la loi déclare incapables de contracter, peuvent exercer eux-mêmes la surenchère. C'est à leur tuteur à le faire en leur nom, et encore doit-il être autorisé à cet effet par une délibération du conseil de famille; nous devons dire toutefois que cette autorisation n'a pas toujours été déclarée nécessaire par la jurisprudence.

Quant au mineur émancipé, comme il ne peut, aux termes de l'art. 484 C. civ., faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites pour un mineur non émancipé, comme il ne peut notamment recevoir un capital mobilier, ni en donner décharge, aliéner un immeuble ni intenter une action immobilière sans l'assistance de son curateur, nous croyons qu'*a fortiori* cette assistance lui est nécessaire, lorsqu'il s'agit d'exercer le droit de surenchère qui constitue par lui-même un engagement, et qui peut aboutir à l'acquisition d'un immeuble. Et même, comme nous avons exigé que le tuteur fût autorisé par le conseil de famille, nous sommes obligés de reconnaître ici cette autorisation comme nécessaire, puisque l'art. 484 que nous venons de mentionner, assimile les deux situations. Du reste, nous admettrons, comme nous l'avons fait dans l'hypothèse d'une femme mariée, que la réquisition de mise aux enchères faite par un tuteur ou un

curateur sans le consentement du conseil de famille, pourrait être ensuite régularisée par la production ultérieure de l'autorisation de ce conseil. Celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire ne peut exercer le droit de surenchère sans l'assistance de ce même conseil.

De même encore les communes et les établissements publics ne peuvent exercer une surenchère qu'à la condition d'être valablement autorisés. Ils doivent être, en effet, en quelque sorte assimilés à des mineurs, comme étant soumis à la tutelle administrative.

Après avoir parlé des personnes qui sont absolument incapables de surenchérir par elles-mêmes, ou qui ne peuvent le faire sans remplir certaines formalités, il nous reste à dire deux mots de l'incapacité prononcée par la loi contre certaines personnes à raison de leur qualité, et au sujet de certains biens. Ainsi ce sont d'abord les tuteurs auxquels il est interdit de se rendre adjudicataires des biens du mineur; cette défense comporte bien évidemment celle de surenchérir, puisque la surenchère au cas où elle n'est pas couverte, aboutit à l'adjudication au profit de celui qui l'a faite.

Le mandataire du vendeur, qui, représentant son mandant, doit être considéré comme le vendeur, ne peut pas plus surenchérir qu'acheter; en effet, il a mission de veiller au maintien des droits du vendeur, et, par conséquent, il ne peut sous aucun prétexte les abandonner pour s'occuper de droits opposés, encore bien qu'ils soient les siens propres.

L'avoué chargé de poursuivre la vente des biens d'un mineur, ne peut pas non plus exercer la surenchère à raison de l'inscription qu'il possède sur ces biens. Ici encore se trouvent en conflit deux intérêts opposés : celui du créancier inscrit qui est intéressé à faire valoir la surenchère, et celui du vendeur qui doit s'efforcer de maintenir la vente. Or, c'est ce dernier qui doit l'emporter tant que l'avoué restera mandataire du vendeur.

La même solution devra être donnée dans le cas où l'avoué représente l'adjudicataire ou le surenchérisseur. Dans ces différentes hypothèses, s'il tient absolument à exercer la surenchère, il n'a qu'à résigner son mandat.

Le créancier soumis pour une cause quelconque à l'obligation de garantie, ne peut faire la surenchère, en raison de la règle : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.* Par application de ce principe, nous déciderons que le colicitant, qui est en même temps créancier inscrit sur l'immeuble, ne peut faire la surenchère lors des notifications qui lui seront faites par l'adjudicataire. Il faut supposer pour cela que l'adjudication est prononcée au profit d'un tiers, autrement par la fiction de l'article 883 du Code civil, l'hypothèque ne pourrait exister.

Il en serait de même si les créanciers, par suite d'un accord passé avec leur débiteur, vendaient eux-mêmes ses biens, en se portant garants de l'éviction ; à plus forte raison le vendeur lui-même ne pourrait-il faire la surenchère.

On s'est demandé si un créancier pouvait être écarté du droit de surenchérir pour insolvabilité. L'art. 711 auquel renvoie l'art. 838 du Code de procédure civile, exclut bien du droit de porter une enchère les personnes insolvables. Mais ce n'est pas la même chose d'enchérir ou de surenchérir, et, de plus, comme le surenchérisseur doit fournir caution, on peut douter qu'il y ait une insolvabilité possible de la part du surenchérisseur. Cependant nous pensons que si, malgré la caution, le créancier est insolvable, la surenchère ne serait pas valable, le législateur ayant voulu, malgré l'obligation d'une caution, qu'une action directe et personnelle pût être exercée utilement contre le surenchérisseur (Cass., 28 août 1850).

CHAPITRE III

Délai de la surenchère.

Point de départ. — Hypothèques générales. — Défaut de notification.

Aux termes de l'art. 2185 du Code civil, la réquisition de surenchère doit avoir lieu dans les quarante jours de la notification faite par le nouveau propriétaire.

Sous l'édit de 1771, les créanciers hypothécaires n'étaient pas déchus du droit de surenchérir, par la seule expiration des délais légaux qui suivaient l'accomplissement des formalités prescrites à l'acquéreur, à l'effet de purger l'immeuble; et il a été jugé que, même après les deux mois de l'exposition du contrat exigée par l'édit pour opérer la purge des hypothèques, et jusqu'à l'obtention pour l'acquéreur des lettres de ratification, les créanciers du vendeur conservaient le droit de former opposition à ces lettres de ratification, et, par conséquent, le droit de surenchérir (Cass., 16, germinal an XI).

Aujourd'hui il est hors de doute que le droit de surenchère doit être exercé sous peine de déchéance dans le délai de quarante jours. Les derniers termes de l'art. 2185 sont formels à cet égard.

Le délai de quarante jours court, pour chaque créancier individuellement, à partir de la notification qui lui est faite, et ne peut en aucun cas être prorogé à raison de cette circonstance que d'autres créanciers n'ont reçu que plus tard la notification. Le jour où est notifié le contrat aux créanciers ne doit pas être compté dans le délai qui, autrement, ne serait plus de quarante jours. C'est l'opinion de tous les auteurs. Mais, au contraire, on admet que le quarantième jour est le dernier utile pour requérir la mise aux enchères, à moins toutefois que ce soit un jour férié, cas auquel, en vertu du nouvel art. 1033 du Code de procédure civile, *in fine* (loi du 3 mai 1862), le délai est prorogé au lendemain.

Ce délai est de rigueur et court contre tout créan-

cier, aussi bien contre un mineur que contre un majeur; en un mot, l'art. 2252 du Code civil n'est pas applicable ici. Cette solution nous paraît d'autant plus incontestable qu'on ne saurait, à proprement parler, assimiler ce délai à une prescription, et que, dans tous les cas, il faudrait le faire rentrer parmi les prescriptions de courte durée, que l'art. 2278 fait courir contre les incapables.

Le délai de quarante jours est susceptible d'être augmenté à raison de la distance qui peut séparer le domicile réel du domicile élu de chaque créancier. L'art. 2185 accordait deux jours par cinq myriamètres, mais il a été modifié par la loi du 3 mai 1862, qui n'accorde plus qu'un jour par cinq myriamètres (art. 1033, C. pr. civ). De plus, cette loi a fait cesser le doute qui pouvait exister, pour le cas où il y aurait des fractions de quatre myriamètres en décidant que celles inférieures à quatre ne seraient pas comptées, tandis que celles de quatre et au-dessus, augmenteraient le délai d'un jour entier.

Telles sont les règles applicables aux créanciers domiciliés en France. Mais que faut-il décider à l'égard des étrangers, ou du moins des créanciers dont le domicile réel est à l'étranger? Plusieurs opinions se sont formées sur cette question. D'après certains auteurs ils devraient être assimilés aux créanciers domiciliés en France, et par conséquent, le délai de quarante jours augmenté d'autant de jours qu'il y aurait de fois cinq myriamètres dans la distance séparant leur domicile réel de leur domicile d'élection.

Nous ne croyons pas pouvoir admettre ce système, et

il nous paraît évident que, dans les prévisions de la loi, cette augmentation de délai ne doit s'appliquer qu'aux créanciers domiciliés en France.

Du reste, le tableau des distances par myriamètres, seule base d'appréciation en pareille matière, n'étant établi que pour la France, il est aisé de comprendre combien serait difficile l'application du système que nous réfutons. On a prétendu encore qu'il fallait donner ici les mêmes délais que ceux accordés par l'art. 73 C. pr., aux individus assignés hors de France. On ne saurait davantage appliquer cet article dans notre hypothèse, car lorsque la loi a voulu le rendre commun à d'autres actes que des ajournements elle a pris soin, comme, par exemple, dans les art. 445 et 486 du C. pr., de s'en expliquer d'une manière positive.

En conséquence, nous pensons qu'il n'y a pas d'autre délai à appliquer en pareil cas, que celui de quarante jours, comme si les créanciers dont il s'agit avaient leur domicile réel au lieu même de leur domicile élu. Sans doute, nous le reconnaissons, cette solution est rigoureuse, car elle pourra, dans certains cas, rendre très difficile aux créanciers éloignés, l'exercice de la surenchère; mais elle nous paraît plus conforme que toute autre à la loi, dont il n'appartient qu'au législateur de modifier les dispositions. Nous pouvons citer notamment en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 26 novembre 1828.

Nous savons que, antérieurement à la loi de 1855 sur la transcription, les créanciers pouvaient, en vertu de l'art. 834 du C. de pr., se faire inscrire vala-

blement dans la quinzaine qui suivait la transcription du contrat d'aliénation, et que, aux termes de ce même article, l'acquéreur pouvait se dispenser de notifier son contrat à ces retardataires. Or, quel était à leur égard le point de départ du délai de quarante jours? Pas de difficultés lorsque la notification leur était faite ; pour eux comme pour les créanciers inscrits avant la transcription, le délai courait à partir du jour où ils avaient reçu cette notification.

Mais *quid* dans le cas contraire? Certains jurisconsultes prétendaient que le délai ne courait que du jour de l'inscription, sans s'occuper de la question de savoir si cette inscription était ou n'était pas postérieure aux notifications faites aux autres créanciers ; mais c'était accorder beaucoup trop de droits aux créanciers inscrits après la transcription. Aussi la plupart des auteurs décidaient-ils que le délai de quarante jours devait dater de la dernière notification faite aux créanciers inscrits.

Au cas où il n'y avait pas de créanciers inscrits, la question était plus difficile à trancher Les uns faisaient courir le délai à partir de l'expiration de la quinzaine après la transcription, les autres à partir du jour où les notifications auraient pu avoir lieu, s'il s'était trouvé des créanciers inscrits, c'est-à-dire du jour où le certificat avait été délivré à l'acquéreur par le conservateur des hypothèques.

Du reste l'art. 834 ayant été, comme nous l'avons dit, abrogé par la loi de 1855, ces questions n'offrent plus d'intérêt aujourd'hui.

Si nous supposons maintenant des hypothèques lé-

gales dispensées de la formalité de l'inscription, nous avons à nous demander quel devra être pour les créanciers le délai pour surenchérir.

Nous ne parlerons pas de l'hypothèse où ces créanciers ont pris d'eux-mêmes inscription, car ils rentrent alors dans le droit commun; c'est-à-dire que l'acquéreur sera tenu de leur notifier son contrat conformément à l'art. 2185, et qu'ils ne jouiront, comme les autres, que du délai légal de quarante jours.

Mais que faut-il décider au cas où l'hypothèque légale n'est pas inscrite? On sait que le Code civil dans l'art. 2194, a établi, pour les créanciers dispensés d'inscription, une procédure spéciale et que, notamment un délai de deux mois leur est accordé pour requérir inscription, à partir de l'exposition du contrat qui doit être faite au greffe. Or est-ce également dans ce délai de deux mois, qu'ils sont tenus, sous peine de déchéance, d'exercer leur droit de surenchère? Il a été jugé à maintes reprises que pour purger un immeuble des hypothèques légales non inscrites, l'acquéreur, après avoir rempli les formalités prescrites par l'art. 2194, était encore obligé, en cas d'inscription dans le délai voulu, de faire aux nouveaux inscrits la notification prescrite par l'art. 2183, et qu'en conséquence ces créanciers avaient pour surenchérir, comme les autres créanciers inscrits, le délai de quarante jours, à partir de la notification qu'ils avaient reçue.

Ce système, nous devons le dire, est aujourd'hui vivement combattu par la jurisprudence ; et il paraît à peu près généralement admis par les

Cours, et aussi par les auteurs, qu'il faut se borner au délai de deux mois de l'art. 2294, passé lequel non seulement aucune inscription, mais encore aucune réquisition de mise aux enchères ne pourra être valablement faite, et que même il n'y a pas lieu après l'inscription à la notification de l'art. 2183. (En ce sens : Paris, 16 déc. 1840 — 26 nov. 1857; Bordeaux, 1er juin 1863; Troplong — Pont — Petit, etc).

Citons pourtant un troisième système qui a été enseigné par Pigeau. Il consiste à accorder aux créancier à hypothèque légale, outre le délai de deux mois, celui de quarante jours pour surenchérir, à courir non de la notification qui leur sera faite, mais, même indépendamment de toute notification, pour le mineur, à partir de son inscription, et pour la femme mariée, à partir de la dissolution du mariage. Ce dernier système, plus encore que le premier que nous avons mentionné, nous paraît repoussé non seulement par l'esprit de la loi, mais encore par son texte même. En effet, si le législateur a créé des formalités spéciales pour la purge des hypothèques légales, il a entendu exclure toute application des règles ordinaires en matière de purge, et notamment le délai de l'art. 2185. L'art. 775 du Code de procédure prouve clairement qu'à l'expiration des deux mois, tout est consommé, lorsqu'il dispose que l'ordre sera provoqué dans les quarante jours qui suivront ce délai.

Les créanciers inscrits sur un immeuble qui a été l'objet d'une aliénation volontaire, peuvent-ils surenchérir avant qu'aucune notification leur ait été

faite? On a bien pu prétendre que l'art. 2185 n'imposait pas cette obligation à peine de nullité. Mais l'économie de la loi, pas plus que son texte, ne paraissent pouvoir se concilier avec une pareille solution. Il est certain, en effet, que rien n'est changé dans la situation des créanciers vis-à-vis de l'acquéreur par l'acte de vente, tant que cet acte ne leur a pas été notifié, ni le prix offert; jusque-là les contractants restent maîtres de modifier et même d'anéantir le contrat. En un mot ce contrat est pour les créanciers comme s'il n'existait pas. De plus on concevrait d'autant moins l'exercice du droit de surenchère avant la notification, que les créanciers ont toujours la faculté, tant que cette notification n'a pas eu lieu, de pratiquer une saisie réelle. Et puis il semble évident que, si la loi avait entendu permettre aux créanciers d'exercer la surenchère même en l'absence de notification de la part de l'acquéreur, elle aurait au moins exigé que celui-ci fût mis en demeure d'une manière quelconque, ce qu'elle n'a pas fait. Enfin l'art. 2185, loin de pouvoir servir de base au système opposé qui en voudrait tirer un argument *a contrario*, est conçu dans des termes tels qu'il nous paraît repousser toute autre interprétation : « Lorsque le nouveau propriétaire *a fait cette notification*, tout créancier dont le titre est inscrit, etc., » c'est donc à partir de ce moment seulement que s'ouvre le droit de surenchérir. L'art. 832, C. pr., est au moins aussi concluant, lorsqu'il exige que la réquisition de surenchère soit faite au domicile de l'avoué constitué; car cela emporte pour l'acquéreur la nécessité de remplir les for-

malités de l'art. 2183, formalités, qui, dans la pensée de la loi, doivent précéder la surenchère.

Nous devons toutefois faire exception pour les créanciers à hypothèque légale et leur reconnaître, dans le délai fixé par l'art. 2195 C. civ., le droit de surenchérir sans attendre une notification de l'acquéreur. Nous avons admis en effet que ce dernier n'était pas tenu de leur faire cette notification, que remplace dans l'espèce l'exposition au greffe de leur acte d'acquisition.

CHAPITRE IV

Formes de la surenchère.

A qui elle doit être notifiée. Où et par qui ? Ce qu'elle doit contenir.

Le créancier qui veut requérir la mise de l'immeuble aux enchères, manifeste sa volonté par exploit signifié par le ministère d'un huissier.

Cette réquisition doit être faite tant au propriétaire nouveau qu'au précédent propriétaire débiteur principal. Il faut en effet que celui-ci soit averti, afin qu'il puisse se mettre en mesure, soit en désintéressant ses créanciers, soit au moins, si possible, en s'en-

tendant avec eux, d'empêcher l'éviction de son acquéreur, ce qui le soumettrait vis-à-vis ce dernier à l'action en garantie. Cette double notification est de rigueur; la loi la prescrit à peine de nullité. Elle n'en exige du reste pas d'autre. Elle n'oblige pas notamment le créancier qui veut surenchérir, à avertir de son intention, même d'une manière quelconque, les autres créanciers du vendeur. Ceux-ci en effet sont suffisamment informés de la possibilité d'une surenchère par la notification qui a dû leur être faite par l'acquéreur, et ils peuvent d'ailleurs s'informer au greffe si la surenchère a été réellement formée.

Mais la loi, dans l'art. 2185 C. civ., suppose que les deux qualités de précédent propriétaire et de débiteur principal se trouvent réunies dans la même personne, et elle ne prévoit pas le cas où ce sont deux personnes différentes. Nous croyons, avec MM. Aubry et Rau, que, dans cette hypothèse, une notification devrait être faite à l'une et à l'autre, car elles sont également intéressées à contester et à arrêter la surenchère.

Si l'immeuble avait été vendu ou acquis conjointement ou solidairement par plusieurs personnes, l'acte de surenchère devrait être notifié à chacune d'elles individuellement.

L'art. 832 C. pr., ne parlant que de la signification à faire au nouveau propriétaire, on pourrait douter que celle qui, en vertu de l'art. 2185 C. civ., doit être faite au précédent propriétaire, débiteur principal, fût encore exigée. Mais il résulte formellement de la discussion de la loi de 1841, qu'elle n'a

pas entendu déroger à notre article du Code civil, et que l'obligation de faire une notification au domicile de l'avoué constitué par l'acquéreur, ne saurait exclure la nécessité d'en faire une au débiteur principal. Dans tous les cas on ne pourrait raisonnablement conclure de ce qu'une loi a réglé l'une, qu'elle ait voulu supprimer l'autre.

A quel endroit doivent être signifiées les notifications de surenchère?

Avant la loi de 1841, le Code de procédure n'ayant prescrit aucune règle spéciale en pareille matière, on devait suivre les règles générales tracées par la loi pour tous les exploits, et signifier en conséquence à domicile (art. 68, C. pr.) Mais on pouvait se demander si, lorsqu'il y avait élection de domicile chez un avoué, par exemple, la signification n'était pas valablement faite au domicile élu.

Aujourd'hui la question ne se pose plus, ayant été réglée par la loi de 1841 dans l'art. 832 C. pr., du moins quant à la signification à faire au nouveau propriétaire. Aux termes de cet article, c'est au domicile de l'avoué que celui-ci a dû constituer dans l'acte de notification de son contrat, que le créancier est tenu de signifier sa surenchère. Et il résulte de l'art. 838 C. pr. qui attache la peine de nullité à l'inobservation des formes spéciales prescrites par l'art. 832, que la signification qui serait faite au domicile réel de l'acquéreur, au lieu de l'être au domicile élu, serait nulle. Et il y aurait lieu de décider ainsi, alors même qu'une pareille signification aurait été réitérée dans les trois jours, délai de l'assignation contenue dans

le même acte, au domicile de l'avoué constitué, si l'on ne se trouvait plus dans le délai de quarante jours à dater de la notification du contrat. (En ce sens un arrêt de la Cour de Paris, du 6 mai 1844).

Du reste la réquisition de surenchère ne sera signifiée au domicile de l'avoué, qu'en ce qui concerne le nouveau propriétaire. Mais quant à la signification à faire au précédent propriétaire débiteur principal, dans le silence de l'art. 832 C. pr. il faut appliquer le droit commun; par conséquent c'est au domicile réel du vendeur débiteur principal que doit être signifié l'acte de surenchère, et par domicile réel, il faut entendre celui qui est énoncé dans le contrat d'aliénation. Peu importe s'il a changé de domicile depuis, aucune faute n'est imputable au créancier surenchérisseur qui n'est pas tenu de connaître le nouveau domicile, s'il ne lui a été notifié, et dans ce cas la copie sera valablement remise au parquet (Cassation, 2 mai 1832).

En cas de changement d'état du vendeur survenu depuis l'acte de vente, il nous semble que la signification peut être faite à la personne même ou au domicile du vendeur tel qu'il est porté dans l'acte. Il serait bien rigoureux, à notre avis, de prononcer la nullité de la surenchère signifiée, dans ces conditions, par un créancier qui n'a pas connu le changement d'état. Cependant nous déciderions le contraire, si le changement d'état avait été notifié aux créanciers.

Lorsqu'il y a plusieurs acquéreurs de l'immeuble hypothéqué, encore bien qu'il soient solidaires, l'acte de surenchère doit être signifié en autant de copies sé-

parées qu'il y a de parties, et cela quand même ils auraient constitué le même avoué. Ainsi il a été jugé que dans le cas même où une adjudication était prononcée au profit de deux frères, ayant le même domicile, qui s'étaient rendus acquéreurs conjointement et solidairement, et avaient notifié leur titre au créancier inscrit, par un seul et même acte, la réquisition de surenchère devait être signifiée à chacun par un acte séparé (Rennes, 6 août 1849). Le même principe a été appliqué par la Cour de cassation (12 mars 1810 et 14 août 1813), dans l'hypothèse où les adjudicataires étaient deux époux vivant ensemble. Nous pouvons signaler dans le même sens un arrêt de la Cour de Nancy, du 20 novembre 1869. Dans tous les cas, il est incontestable que le mari doit être assigné, et cela, même lorsque la femme a acquis l'immeuble en son propre nom. Nous ne faisons en somme qu'appliquer les principes généraux qui veulent que la femme ne puisse ester en justice sans le consentement de son mari. En un mot il faut suivre ici les règles générales relatives aux notifications d'exploits, tant en ce qui concerne les formes applicables à tous, que les personnes auxquelles elles doivent être délivrées.

Par qui doit être signifiée la réquisition de surenchère?

L'art. 832 C. pr. porte qu'elle devra être signifiée par un huissier commis à cet effet sur simple requête par le président du tribunal de première instance de l'arrondissement où elle aura lieu. Il y a là une garantie de plus que la loi a voulu donner aux

parties intéressées, à raison de l'importance de l'acte, pour la remise fidèle des copies. Il pourra arriver, et il arrivera même très souvent, qu'on sera obligé de s'adresser aux présidents de différents tribunaux pour faire commettre un huissier tant pour la notification à faire à l'acquéreur que pour celle à faire au vendeur. Pour la première ce sera au président du tribunal près lequel exerce l'avoué constitué par l'acquéreur, qu'il faudra présenter requête. Pour la deuxième ce sera au président du tribunal du domicile réel du vendeur, puisque c'est là que la surenchère doit lui être signifiée. S'il y a plusieurs vendeurs domiciliés dans deux arrondissements différents, il y aura lieu de faire commettre autant d'huissiers qu'il y aura de parties distinctes.

On ne saurait admettre, du reste, que le président du tribunal aurait le droit de commettre un huissier d'un arrondissement étranger a son ressort, et par conséquent, dans cette hypothèse encore, il faudra s'adresser au président de chacun des tribunaux, qui commettra un huissier pour faire la signification dans l'arrondissement du tribunal qu'il préside.

Avant la loi de 1841, on proposait la question de savoir si une surenchère pouvait être annulée pour n'avoir pas été signifiée par un huissier commis à cet effet; mais aujourd'hui cette question est expressément résolue par l'art. 838 C. pr., qui, comme nous l'avons déjà dit, porte que les formalités prescrites par l'art. 832, seront observées à peine de nullité. Toutefois aucune disposition n'exige que

l'huissier commis soit un huissier audiencier. (En ce sens Lyon, 30 mai 1822).

La réquisition de surenchère doit contenir, aux termes de l'art. 832 C. pr. et de l'art. 2185, C. civ. :

1° Constitution d'avoué;

2° Soumission de porter ou faire porter le prix de l'immeuble à un dixième en sus de celui qui aura été stipulé dans le contrat de vente ou déclaré par le nouveau propriétaire;

3° Offre et indication de la caution;

4° Assignation à trois jours francs devant le tribunal pour la réception de la caution;

5° Signature du créancier requérant ou de son fondé de pouvoir.

1° D'abord, il faut qu'il y ait constitution d'avoué près le tribunal devant lequel l'enchère et l'ordre doivent être portés. C'est l'art. 832 C. pr., qui le prescrit. Mais de quel tribunal s'agit-il? Il est généralement admis par les auteurs comme par la jurisprudence, que c'est le tribunal de la situation de l'immeuble surenchéri, parce qu'il s'agit d'une action réelle, qui est la conséquence de la transcription et de la notification et qui tient au purgement de l'immeuble. Du reste, l'art. 2187, C. civ., dispose que la revente sur enchère aura lieu d'après les formes établies pour les expropriations forcées, et il résulte de l'art. 2210 C. civ., qui a trait à cette matière, que l'expropriation doit être portée devant le tribunal de la situation des biens.

2° L'acte de surenchère contiendra en outre la sou-

mission du requérant de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui aura été stipulé dans le contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire. Cette disposition est celle de l'art. 2185 du C. civ. Mais bien que cet article ne parle que du *prix*, cette expression comprend également les charges.

Suffit-il, pour se conformer à l'art. 2185, que le surenchérisseur déclare dans son acte, en termes généraux, et sans préciser aucune somme, qu'il s'oblige à porter le prix de l'immeuble à un dixième en sus, ou bien faut-il qu'il détermine le chiffre même qu'il offre, y compris le dixième?

Delvincourt et Troplong enseignent que toute surenchère ne peut se faire qu'avec l'offre d'une somme déterminée, et ils se fondent, pour décider ainsi, sur ce que la surenchère doit servir de base aux enchères qui viendront ensuite ; d'où ils concluent qu'il est nécessaire de savoir quelle est la mise à prix pour pouvoir la couvrir s'il y a lieu. Mais cette opinion nous semble sujette à critique.

Nous pouvons d'abord répondre que toutes ces considérations ne sauraient rien ajouter aux exigences de la loi. L'art. 2185 veut que le surenchérisseur s'oblige à porter ou à faire porter le prix de l'immeuble à un dixième en sus de celui stipulé ou déclaré, mais il n'exige nullement que la somme soit précisée.

Il est certain qu'aux termes de l'art. 837 C. pr. *in fine*, c'est le prix porté dans l'acte, ou la valeur déclarée, et le montant de la surenchère qui doivent tenir lieu d'enchère. Mais est-il nécessaire pour cela que la somme à laquelle le prix de l'im-

meuble se trouve porté par la surenchère soit exprimé dans la réquisition même de surenchère? Il faudra bien, sans doute, lorsqu'on procédera à la revente de l'immeuble, que l'on détermine une mise à prix; mais jusque-là elle ne nous paraît être d'aucune utilité.

Les dispositions de l'art. 837 C. pr., nous semblent se référer non au moment de la rédaction de l'acte de surenchère, mais bien à celui de la revente. Au reste, on est bien obligé de reconnaître que la fixation de la mise à prix pour l'adjudication, si elle n'était faite ailleurs que dans l'acte de surenchère, serait souvent illusoire et même mensongère, lorsque, par exemple, le créancier requérant aurait porté l'immeuble à un prix moins élevé qu'un autre surenchérisseur. Aussi la jurisprudence s'est-elle bien gardée de prescrire, à peine de nullité, une formalité qui n'aboutirait qu'à un pareil résultat. Citons d'abord en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 1820, qui a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Caen du 5 mai 1819. Mentionnons également deux arrêts de la Cour de Paris, du 23 mars 1839 et du 7 février 1840, aux termes desquels il a été admis que le surenchérisseur pouvait se borner à manifester son intention de remplir les prescriptions de la loi, en s'en rapportant à ses dispositions pour déterminer ultérieurement la somme à laquelle doit être fixée le montant de sa surenchère. Disons enfin que Duranton est également d'avis, ainsi que la plupart des auteurs contemporains, que la loi demande seulement au créancier requérant de surenchérir du dixième,

mais ne l'oblige nullement à faire un travail arithmétique.

Quant à la question de savoir quelle est au juste la somme qui doit être augmentée d'un dixième, nous nous réservons de la traiter plus loin sous un titre spécial qui fera l'objet du chapitre suivant.

3° L'art. 832 C. pr. veut que l'acte de surenchère contienne l'offre et l'indication de la caution. Il résulte de ces termes mêmes qu'il ne suffit pas de déclarer que l'on est prêt à donner une caution, comme on l'a prétendu ; mais bien au contraire, qu'il est de toute nécessité de présenter la caution en la désignant nommément dans l'acte de surenchère. On ne comprendrait pas comment la loi prescrirait, et cela dans le même paragraphe, qu'il fût dans l'acte même de surenchère donné assignation pour la réception d'une caution qui n'y serait pas indiquée. Enfin, le même article veut que, en même temps que cette assignation est délivrée, il soit donné copie de l'acte de soumission de la caution et du dépôt au greffe des titres qui constatent sa solvabilité, ce qui implique bien qu'elle doit être désignée. Nous n'en dirons pas plus long sur cette question, qui est sans contredit une des plus importantes de notre matière. Pour tout ce qui a trait à la qualité de la caution, à sa solvabilité, à son remplacement, à son complément, etc., nous renvoyons au chapitre VI que nous consacrons spécialement à cette étude.

4° Nous venons de dire que le surenchérisseur devait donner assignation devant le tribunal pour la réception de la caution. Cette assignation, qui est à trois

jours francs, sera donnée tant au vendeur qu'au nouveau propriétaire, et sera signifiée dans l'acte même de réquisition de surenchère dont elle fait du reste partie. Quant à la réception de la caution, elle aura lieu, porte l'art. 832, comme en matière sommaire.

Le défaut d'assignation, comme du reste toutes les formalités prescrites par l'art. 832, rend la surenchère nulle. C'est du moins la sanction prononcée par l'art. 838.

Pourtant, quant au délai de trois jours, si le surenchérisseur était obligé de s'en tenir à la lettre de la loi, il se trouverait souvent réduit sinon à une impossibilité, du moins à donner une assignation qui ne pourrait recevoir d'exécution. Ainsi, la plupart des tribunaux ayant des jours fixes pour leurs audiences, il pourrait arriver qu'un délai de plus de trois jours dût s'écouler entre l'assignation et le jour de la prochaine audience. Aussi nous croyons que le but de la loi serait pleinement rempli, si le surenchérisseur assignait pour la plus prochaine audience qui doit suivre le délai de trois jours. Il peut même valablement assigner à jour fixe, pourvu que ce soit encore pour l'audience la plus rapprochée du dernier délai. La jurisprudence a même admis que bien qu'une assignation ait été donnée à un délai plus long que celui fixé par la loi, elle n'était pas nulle pour cela, mais que l'acquéreur assigné avait le droit de poursuivre à l'audience la plus proche, à l'expiration du délai légal [1]. La nullité, en effet, dont parle l'art. 888

[1] Cass., 16 nov. 1853.

C. pr., s'applique aux formalités prescrites par la loi et non à l'impartition d'un délai, et lorsque le législateur a voulu que la nullité s'appliquât au délai comme aux formalités, il l'a dit expressément (V. not. art. 715 et 739, C. pr.). Mais dans aucun cas le surenchérisseur ne peut abréger le délai et assigner pour une audience plus rapprochée, autrement il priverait la partie assignée du délai légal qui lui appartient et qui lui est nécessaire pour prendre ses renseignements et préparer ses moyens de défense. Comme la matière offre un certain caractère d'urgence, une caution pourra être valablement assignée devant la chambre des vacations qui a qualité pour recevoir la caution. Mais elle ne pourrait être reçue par le juge des référés, car, aux termes de l'art. 832 C. pr., il doit être statué par le même jugement tant sur l'admission de la caution que sur la validité de la surenchère, et le juge des référés est incompétent sur ces matières.

5° Enfin l'art. 2185 C. civ. exige que l'original ainsi que les copies de l'exploit soient signés par le créancier requérant ou son fondé de pouvoir.

S'il y a plusieurs surenchérisseurs, chacun est tenu de signer l'acte de surenchère sinon personnellement au moins par un fondé de pouvoir. Si c'est une femme mariée qui requiert la surenchère, son mari est tenu de signer avec elle. Mais s'il s'agit d'une créance de la communauté encore bien que la réquisition ait été faite conjointement, la signature du mari sera suffisante.

Si le surenchérisseur délègue ses pouvoirs à un

mandataire, celui-ci ne peut agir qu'en vertu d'une procuration expresse, et il doit donner copie de sa procuration.

La loi n'exige pas qu'elle soit spéciale ni authentique, mais seulement qu'elle soit expresse, c'est-à-dire conçue en des termes qui ne laissent aucun doute sur la nature du mandat, sur son but et sa portée. Ainsi c'est avec raison qu'il a été décidé qu'une procuration qui donnait pouvoir de signifier toutes réquisitions et soumissions, de porter le prix d'un immeuble désigné à un dixième en sus de celui stipulé dans le contrat, suffisait pour permettre au mandataire d'exercer le droit de surenchère [1]. Nous croyons même qu'il n'est point nécessaire que l'immeuble à surenchérir soit désigné dans la procuration. Enfin une surenchère sera valablement formée, par exemple, par une femme mariée, en vertu d'une procuration générale de surenchérir. Ainsi jugé par la cour de Bourges, 7 mai 1845, et dans le même sens un grand nombre d'auteurs.

Il ne nous paraît pas suffisant qu'au cas de surenchère formée au nom d'une société commerciale, la simple signature sociale soit apposée par l'un des associés sur l'original et les copies de l'exploit, lorsque cet associé ne justifie pas d'un mandat exprès. La signature sociale ne peut en effet obliger les autres membres de la société que pour des opérations de commerce. Il a pourtant été jugé en sens contraire par la Cour de cassation (29 janv. 1839), qui n'exige

[1] Paris, 25 mars 1881.

pas de procuration expresse, lorsque l'existence de la société avec sa raison sociale est notoire dans le commerce, et que surtout la créance en vertu de laquelle est formée la surenchère, provient d'une opération commerciale de la société qui a dû en révéler l'existence au débiteur lui-même.

Il faut, dit l'art. 2185, lorsqu'on agit en vertu d'une procuration, que la copie en soit donnée. Le but de la loi qui est uniquement de faire connaître l'existence de cette procuration, sera du reste suffisamment rempli, si l'on fournit un extrait contenant les parties essentielles de la procuration.

CHAPITRE V

Taux de la surenchère.

Prix. — Ventilation. — Charges.

La surenchère est du dixième du prix et des charges faisant partie du prix (art. 2183), nous l'avons dit, et nous avons ajouté que le surenchérisseur n'était point tenu dans sa réquisition de mise aux enchères, de fixer un chiffre, qu'il lui suffisait d'offrir le dixième. Entrons maintenant dans le détail de ce qui sert de base au calcul du dixième.

Et d'abord en ce qui concerne le prix proprement dit, pas de difficultés, mais il faut le déterminer.

Tout d'abord s'il s'agit d'une vente volontaire ou judiciaire, ce sera le prix porté au contrat.

Mais il peut arriver que le contrat ne fasse pas connaître spécialement ce prix, par exemple dans le cas où des immeubles hypothéqués ont été vendus en bloc par un même acte et pour un seul prix avec d'autres immeubles exempts de charges, ou encore lorsque, parmi les immeubles hypothéqués vendus, il s'en trouve qui ne sont pas affectés à la créance du surenchérisseur.

Dans ces deux hypothèses, le législateur reconnaissant l'impossibilité pour le surenchérisseur de savoir sur quelle somme il fera porter sa surenchère, impose à l'acquéreur l'obligation de déclarer, dans sa notification, le prix de chaque immeuble frappé d'hypothèque particulière et spéciale. Et il exige encore cette ventilation dans le cas où les immeubles vendus sont situés dans différents arrondissements, alors même qu'ils sont tous soumis à une même hypothèque (art. 2192 C. civ.).

Cette ventilation peut-elle être critiquée soit par le vendeur, soit par les créanciers inscrits? Troplong revendique ce droit pour le vendeur. « Celui-ci a intérêt, dit-il, à ce qu'on délègue à ses créanciers le véritable prix résultant du contrat, afin d'éviter, si possible, une surenchère qui pourrait occasionner des frais en pure perte, et qu'on aurait peut-être pu empêcher en déclarant la valeur réelle. » Nous pouvons répondre à cela, que, l'intérêt du vendeur existât-il

réellement, ne serait pas un motif suffisant pour lui donner le droit de critiquer une estimation qu'il est en faute, après tout, de ne pas avoir faite lui-même dans son contrat de vente.

Quant aux créanciers, nous ne voyons pas bien quel pourrait être leur intérêt à contester la ventilation. En effet, de deux choses l'une : ou bien cette ventilation portera l'immeuble à un prix trop élevé, et dans ce cas, comment auraient-ils le droit de se plaindre, puisqu'au lieu de surenchérir, ils n'ont qu'à accepter ce prix; ou bien l'estimation faite par l'acquéreur porte l'immeuble à un taux inférieur à sa valeur, et alors ils ont la faculté, au moyen de la surenchère, d'élever le prix autant qu'ils le voudront.

Du reste, l'art. 2185 C. civ. dispose formellement et sans aucune restriction, que le surenchérisseur doit, à peine de nullité, se soumettre à porter ou à faire porter le prix à un dixième en sus de celui stipulé dans le contrat ou *déclaré* par le nouveau propriétaire. Pas plus dans cet article que dans l'art. 2192 ou ailleurs, nous ne trouvons aucune disposition qui puisse autoriser la contestation du prix déclaré par l'acquéreur comme de celui stipulé dans le contrat.

Au surplus, les créanciers pouvant attaquer, en leur nom personnel, les actes faits en fraude de leurs droits, si, par exemple, le contrat de vente porte avec lui des caractères de dol, ils n'ont qu'à en demander la nullité. Mais, s'ils renoncent à ce moyen pour user du droit de surenchère qui leur est conféré par l'ar-

ticle 2185 C. civ. ils sont alors obligés de se conformer aux principes de la matière.

Que faut-il décider dans le cas de vente de plusieurs immeubles frappés à la fois d'hypothèques générales et d'hypothèques spéciales portant sur quelques-uns de ces immeubles. Il est incontestable que l'acquéreur sera tenu de faire la ventilation, pour permettre au moins aux créanciers à hypothèque spéciale d'exercer leur surenchère. Mais s'ensuit-il que celui qui a une hypothèque générale aura le droit de faire porter sa surenchère sur certains immeubles seulement, c'est-à-dire d'examiner à quel prix chaque immeuble se trouve porté par la ventilation, afin de surenchérir sur ceux dont il trouve insuffisant le prix déclaré? Ce droit a été formellement reconnu par un arrêt de la cour d'Angers du 30 avril 1840 et par la cour de Cassation, par le rejet du pourvoi formé contre cet arrêt (9 nov. 1841). Cette solution nous paraît contraire au texte de l'art. 2185; en effet, le créancier à hypothèque générale n'offrirait pas alors le dixième du prix principal; quant à lui, la ventilation n'existe pas, par suite l'adjudication est une et indivisible.

Nous déciderions de même dans l'espèce suivante : des immeubles frappés d'hypothèques ont été vendus en bloc ; l'avoué qui s'est rendu adjudicataire a passé command au profit de plusieurs personnes qui ont fait des lots. Ces personnes notifient chacune leur contrat. La surenchère devra porter sur le prix total, et non sur les prix distincts.

Si, au contraire, un immeuble hypothéqué était

vendu en plusieurs lots à une même personne, il nous paraît certain que la surenchère pourrait être faite sur le prix de chaque lot séparément, qui ferait l'objet d'un contrat ou d'une adjudication distincte.

La ventilation est aussi nécessaire que la déclaration du prix exigée par l'art. 2183 C. civ., et bien que l'art. 2192 ne la prescrive pas à peine de nullité, nous croyons qu'en somme il faut lui appliquer la même sanction qu'à cette déclaration du prix qu'elle remplace réellement, pour ne pas dire qu'elle n'est elle-même que cette déclaration.

Si nous supposons un acte d'aliénation autre qu'une vente, alors nous trouvons plus que jamais la nécessité pour le nouveau propriétaire de faire l'estimation de l'immeuble qu'il veut purger. C'est, du reste, ce qu'exige l'art. 2183 C. civ., lorsqu'il porte que la notification que fera le nouveau propriétaire aux créanciers inscrits, devra contenir l'évaluation de la chose, dans le cas de donation ; c'est sur cette évaluation, ou plutôt sur le chiffre déclaré que portera la surenchère.

Bien que l'article dont nous venons de parler ne semble que prévoir le cas d'une donation, il faut l'appliquer également, par identité de raison, à un légataire, et même à un échangiste.

Parlons maintenant des charges, et examinons quelles sont celles qui, comme le veut la loi, font partie du prix et doivent entrer en ligne de compte dans le calcul de la surenchère.

Ce point a son intérêt, car le nouveau propriétaire n'a qu'à faire connaître le prix et à énumérer toutes les charges de la vente, sans être obligé de distinguer

entre celles qui font ou non partie du prix, c'est au surenchérisseur à faire cette distinction.

Comme principe, disons avec Troplong que « par prix, on doit entendre toute la somme d'argent que, sous une dénomination ou sous une autre, l'acquéreur tire de sa poche pour la faire entrer dans celle du vendeur. »

Ainsi, tout ce que le vendeur reçoit, de quelque manière que ce soit, en échange de sa propriété, tout ce qui tourne à son profit, toutes les sommes, en un mot, déboursées par l'acquéreur dans l'intérêt du vendeur constituent le prix de la vente.

Ces principes posés nous en faisons les applications.

Nous considérons tout d'abord, comme ayant ce caractère, le pot de vin. Il faut entendre par là une certaine somme qui se donne en sus du prix dans certains marchés. Le pot de vin, qu'il soit stipulé dans le contrat de vente ou qu'il soit convenu verbalement, ce qui a lieu le plus ordinairement, pourvu qu'il soit déclaré dans la notification faite par l'acquéreur, doit entrer dans le calcul de la surenchère, et le surenchérisseur ne peut la négliger, sous peine de voir déclarer nulle sa soumission, comme inférieure au dixième du prix.

De même la rente que l'acquéreur de l'immeuble peut, en vertu de son contrat, se trouver obligé de payer, constitue évidemment une charge faisant partie du prix.

Si c'est, par exemple, une rente viagère dont le capital n'est pas fixé, il est de toute nécessité qu'on

procède à son évaluation. Mais à qui doit revenir l'obligation de la faire? c'est là une question des plus controversées et qui se pose à l'occasion de toutes les charges non évaluées portées au contrat de vente? Est-ce l'acquéreur qui est tenu, en notifiant son contrat, de déterminer par une somme fixe le montant de ces charges, ou bien, au contraire, est-ce le créancier surenchérisseur lui-même qui fera cette estimation? Bon nombre d'auteurs, Delvincourt et Troplong entr'autres, enseignent que l'acquéreur ne peut se dispenser de faire connaître, par un chiffre précis, la somme qu'il offre aux créanciers comme représentant la valeur de leur gage, puisque c'est seulement d'après le montant de cette offre, que les créanciers verront s'ils ont ou non intérêt à surenchérir. C'est-à-dire que ces auteurs décident que ce que la loi a déclaré nécessaire quant au prix principal, doit être également considéré comme tel, quant aux charges qui sont l'accessoire de ce principal, et qui doivent y être ajoutées pour former le taux de la surenchère. Spécialement dans l'hypothèse d'une rente viagère, il n'y aurait pas à distinguer si cette rente compose en tout le principal ou n'en est seulement qu'une partie ou un accessoire. Dans tous les cas, elle devrait être déterminée par le nouveau propriétaire dans la notification de son contrat. Enfin, ajoutent les auteurs de ce système, non-seulement aucun texte, même dans son esprit, n'autorise à faire peser sur le surenchérisseur le soin de l'évaluation, tout au contraire il y répugne; et les conséquences auxquelles conduirait une pareille théorie, doivent la faire considérer comme imprati-

cable. En effet, disent-ils, donner au surenchérisseur la faculté de faire l'évaluation, c'est lui rendre le droit de surenchérir bien facile, car il pourra ainsi évaluer la rente viagère à un taux aussi peu élevé que possible, et personne n'aura le droit de s'en plaindre.

Toutes ces considérations n'ont pourtant pas empêché la jurisprudence de se prononcer dans le sens de cette dernière opinion qui, du reste, nous paraît préférable à la première. Et d'abord nous avons vu que la loi n'exigeait de l'acquéreur, qu'il fît une évaluation, que dans le cas d'une donation, et si nous avons dit que cette prescription devait être étendue au cas de legs ou d'échange, ce n'est pas une raison pour l'appliquer aussi à l'hypothèse d'un acte à titre onéreux, quant aux différentes charges qu'il pourrait comporter. L'acquéreur est seulement tenu envers les créanciers de leur faire connaître les clauses de son acquisition, les charges auxquelles il s'est soumis, tout ce enfin à quoi il s'est engagé envers son vendeur. D'ailleurs il ne s'agit point de donner aux créanciers le droit de modifier le contrat, ni de substituer dans tous les cas aux engagements de l'acquéreur une obligation pécuniaire ; car on concevrait alors facilement que la loi eût exigé l'offre d'une somme fixe de la part de ce dernier, et c'est pour cette raison qu'elle l'a admis pour un bien donné ; mais au contraire il s'agit simplement, pour les créanciers, d'apprécier les clauses de la vente, de voir si, ajoutées au principal, elles représentent bien la valeur intégrale de l'immeuble, et de surenchérir, s'il y a lieu. Au surplus, pour éviter toute difficulté, ils

n'ont qu'à faire une surenchère générale du dixième, sans en déterminer le chiffre d'une manière positive. Ainsi jugé par la cour de Cassation le 3 avril 1815. Dans le cas notamment d'une rente viagère, la cour de Cassation (11 mars 1829) et la cour de Grenoble (19 mai 1852), ont admis que le nouveau propriétaire n'était pas tenu d'évaluer, dans sa notification, le capital de cette rente, mais qu'il suffisait qu'il indiquât le prix tel qu'il avait été stipulé dans le contrat. Quant aux inconvénients que signalent les partisans du système opposé, ils ne sauraient exister si l'on admet avec la jurisprudence et aussi la généralité des auteurs, que la soumission de surenchère sera faite en termes généraux, sans préciser une certaine somme.

De même, en cas de vente volontaire, l'acquéreur n'est pas obligé d'évaluer les prestations en nature comprises dans le prix de vente. C'est au créancier qui veut surenchérir à faire cette évaluation.

L'obligation imposée à l'acquéreur de payer tant pour cent, en sus du prix principal, est une charge qui fait nécessairement partie du prix, alors même que cette somme aurait une destination particulière.

Il faut encore faire entrer dans le prix sur lequel doit porter la surenchère, les frais que la loi n'impose point à l'acquéreur, et que celui-ci paie à la décharge du vendeur, en vertu d'une clause du contrat, par exemple, tous les frais de poursuite de vente.

On ne saurait prétendre que le paiement de ces frais ne laisse rien en définitive dans la bourse du vendeur et ne représente pas à son égard une portion du prix. Car ces frais devaient nécessairement être

faits pour parvenir, à la vente et si l'acquéreur les a payés de ses deniers, ce ne peut être que pour le compte du vendeur qui, on peut le dire, s'est enrichi d'autant.

Un arrêt de la Cour de Riom du 29 mars 1816 a prononcé la nullité d'une surenchère qui ne contenait pas l'offre du dixième en sus de certaines charges imposées à un adjudicataire, telles que de donner à ses frais copie du jugement d'adjudication, de payer à l'avoué poursuivant les frais de poursuites, jusques et y compris le jugement d'homologation d'avis de parents, et d'autorisation de vente, et de notifier aux créanciers hypothécaires le jugement d'adjudication. Delvincourt, Troplong, Persil et plusieurs autres admettent complètement cette décision. Nous pouvons citer encore comme ayant été spécialement déclarés faire partie du prix, les frais de justice faits par un curateur pour arriver à la vente des biens d'une succession vacante, et mis à la charge de l'acquéreur par le cahier des charges (Nîmes 20 mai 1841), et encore les frais d'une précédente expropriation que l'adjudicataire se serait obligé à payer en sus du prix d'adjudication (Montpellier 5 décembre 1835).

La même solution devrait être admise alors même que l'adjudication aurait eu lieu devant notaires. Ainsi la cour de Pau (25 juin 1833) a jugé que le surenchérisseur devait, à peine de nullité de sa surenchère, offrir le dixième en sus des frais faits pour parvenir à la vente, lorsqu'il s'agit de vente volontaire faite devant notaires aux enchères publiques, après commandement, et par affiches et insertions.

Au nombre des frais faits à l'occasion de la vente, il en est qui doivent rester à la charge de l'acquéreur. Ce sont d'abord les frais et loyaux coûts du contrat, c'est-à-dire le montant de ce qui est dû au notaire qui a passé le contrat ou le coût du jugement d'adjudication qui doit être payé au greffier du tribunal. Ces frais, en effet, profitent véritablement à l'acquéreur et en conséquence ne peuvent être considérés comme une charge faisant partie du prix. Les frais d'actes, porte l'art. 1593 du C. civ., et autres accessoires de la vente sont à la charge de l'acheteur.

Il en est de même des droits d'enregistrement auxquels la vente donne lieu. Les expéditions que doit obtenir l'acquéreur, qu'il s'agisse d'un jugement d'adjudication devant le tribunal ou d'une vente devant notaires, sont également à la charge de l'acquéreur qui, ayant besoin d'un titre, doit se le procurer à ses dépens. A plus forte raison faut-il en dire autant des frais de transcription que l'acquéreur a tout intérêt à faire, s'il veut que son acquisition soit valable à l'égard des tiers, et dans l'hypothèse qui nous occupe, il est bien obligé de la faire pour parvenir à purger son immeuble.

Quant au coût de l'état des inscriptions que l'acquéreur est obligé de se faire délivrer par le conservateur, pour faire la notification de son contrat aux créanciers inscrits, et quant aux frais de cette notification elle-même, ils doivent également demeurer à la charge de l'acquéreur qui, en les acquittant, ne fait rien en somme dans l'intérêt du vendeur.

Du reste l'art. 2188, C. civ., ne nous paraît pas devoir laisser s'élever le moindre doute à cet égard, en exigeant de l'adjudicataire qu'il soit tenu, au delà du prix de son adjudication, de restituer à l'acquéreur les frais et loyaux coûts du contrat, ceux de la transcription, ceux de notification, et enfin tous ceux faits pour parvenir à la revente. Il ressort on ne peut plus clairement, à notre avis, de cette prescription de la loi, que les frais dont il s'agit, n'ont pas dû être compris dans le prix d'adjudication et par conséquent n'ont pas été l'objet d'une surenchère; autrement, il y aurait double emploi, c'est-à-dire que ces frais seraient payés deux fois.

Lorsque l'acquéreur de l'immeuble est tenu, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la convention, de payer les intérêts du prix de la vente, et qu'il les a déclarés dans la notification de son contrat, le créancier qui veut surenchérir doit-il prendre ces intérêts en considération dans le calcul de sa surenchère?

C'était l'avis de Troplong qui prétend que les intérêts font partie du prix dont ils sont l'accessoire. Mais cette solution est à peu près complètement abandonnée aujourd'hui.

Les intérêts en effet ne sont que la représentation du produit de l'immeuble. Le vendeur qui a perdu la jouissance de l'immeuble, a droit en échange aux intérêts du prix que l'acquéreur qui profite des fruits ne peut être admis à conserver. Aussi la loi, dans l'art. 1652 C. civ., déclare-t-elle formellement que l'acheteur devra les intérêts du prix lorsque la chose livrée et vendue produira des fruits ou autres revenus.

Or, la nature des intérêts est la même lorsque ceux-ci sont dus en vertu de la convention ; ils sont destinés à représenter les produits de l'immeuble que l'acquéreur conserve entre ses mains, et ne peuvent jamais être considérés comme accessoires du prix.

C'est donc avec raison que la jurisprudence et aussi la plupart des auteurs décident aujourd'hui que les intérêts du prix, n'ajoutant rien comme charge ordinaire, ne doivent pas être réputés faire partie du du prix, et cela, alors même qu'ils auraient été stipulés dans le contrat.

Les impôts non échus, c'est-à-dire ceux qui courent à compter du jour de l'entrée en possession, n'étant qu'une charge de la jouissance de l'immeuble, doivent nécessairement être acquittés par l'acquéreur, et ne peuvent entrer en compte dans la somme sur laquelle le créancier fera porter sa surenchère.

Nous donnerons la même solution pour les primes d'assurance, bien que l'obligation de les payer ait été imposée à l'acquéreur par le cahier des charges ou par le contrat de vente. En effet l'acheteur, succédant à l'ancien propriétaire dans les avantages de l'assurance, à partir du jour de l'entrée en jouissance, il est juste que, dès ce moment, il acquitte la redevance qui lui confère toute sécurité, et le met à l'abri des pertes qui pourraient survenir dans l'immeuble. Quant aux impôts échus mis à la charge de l'acquéreur par une clause du contrat, il faut les considérer comme faisant partie du prix et les comprendre dans la surenchère. En effet l'acquéreur

ne devant les impôts qu'à partir de son entrée en jouissance, ceux qui sont échus, sont une dette qu'il acquitte aux lieu et place du vendeur.

Toutefois dans le cas où par suite de l'époque de son acquisition, le nouveau propriétaire devait recueillir tous les fruits de l'année courante, les impôts de cette année qui auraient été mis à sa charge devraient être considérés comme suffisamment compensés, et en conséquence ne seraient pas réputés faire partie du prix.

CHAPITRE VI

De la caution.

Utilité. — Ce qu'elle doit garantir. — Capacité. — Solvabilité. — Domicile. — Insuffisance. — Remplacement.

Le législateur, tout en se montrant des plus favorables à l'égard des créanciers hypothécaires inscrits, auxquels il accorde dans la surenchère du dixième, un moyen d'obvier à la dépréciation de leur gage qui serait le résultat d'une aliénation faite à vil prix, a dû néanmoins prendre certaines précautions pour empê-

cher qu'il ne fût fait de ce droit un exercice téméraire et abusif. Si par exemple il eût été permis d'anéantir au moyen d'une simple offre, sans aucune garantie d'exécution, le contrat intervenu entre le vendeur et l'acquéreur, on eût abouti infailliblement à cette dépréciation même que l'institution du droit de surenchère avait pour mission de prévenir. Il était d'ailleurs nécessaire de s'opposer à ce que le vendeur ne s'entendît avec le débiteur pour retarder le paiement du prix, au moyen d'une procédure qui n'eût eu rien de sérieux.

C'est dans ce but que l'art. 2185 C. civ., oblige le surenchérisseur à offrir de donner caution jusqu'à concurrence du prix et des charges. Cette prescription est, comme toutes celles renfermées dans cet article, obligatoire sous peine de nullité, et aucun créancier qui veut surenchérir ne saurait en être affranchi. Pourtant nous devons mentionner une loi du 21 février 1827 qui dispense formellement le Trésor d'offrir et de donner caution, lorsqu'il requiert la mise aux enchères au nom de l'État. Cette décision ne fait que consacrer le principe de la perpétuelle solvabilité du Trésor, admis déjà par les lois romaines. Au surplus il n'est pas douteux, et c'est ce qui ressort de la discussion même de la loi, que l'avantage accordé au Trésor ne devrait pas être étendu à d'autres, et spécialement qu'il ne pourrait être réclamé par les communes ou les établissements publics.

Les voies à suivre, et les conditions à remplir pour l'accomplissement de la formalité qui nous occupe,

sont réglées par l'art. 832, C. pr. des termes duquel il résulte que la caution fait sa soumission au greffe, où sont déposés également les titres justifiant sa solvabilité. Nous l'avons déjà dit, ce même article oblige le surenchérisseur à faire dans l'acte de surenchère même l'offre et l'indication de sa caution, et à donner, pour le même acte, assignation à trois jours francs par la réception de cette caution, et nous avons ajouté qu'en présence de ces termes de l'art. 832, on ne pouvait raisonnablement prétendre qu'il fût suffisant de déclarer qu'on était prêt à donner une caution, mais qu'il fallait encore la désigner nommément.

Nous ne reviendrons pas sur cette question, mais nous nous demanderons à présent s'il faut prendre ce texte à la lettre, et de ce que la loi exige une caution, s'il faut en conclure qu'on ne peut être admis à en présenter plusieurs. Nous ne le croyons pas, et les arguments *a contrario* qu'on voudrait nous opposer, n'ont rien de sérieux, pas plus celui qu'on tire de l'art. 832, C. pr., que celui qui s'appuie sur l'art. 518 du même Code; et, repoussant complétement l'application de cette article qui n'a rien d'ailleurs de plus concluant que le premier, nous prétendons que, du moment que le législateur a pris soin de régler la caution d'une manière toute spéciale, en cas de surenchère, on n'a point à s'occuper des règles générales qu'il a pu donner, en matière de réception de caution. Ainsi l'a décidé la jurisprudence dans plusieurs arrêts. Enfin il y a un article au Code civil (art. 2025) qui suppose le cas où plusieurs per-

sonnes ont cautionné le même débiteur, et comme il n'est dérogé à cet article ni par les dispositions du Code civil relatives au cautionnement légal ou judiciaire, ni par le Code de procédure, on ne voit pas pourquoi, dans notre espèce, le surenchérisseur ne pourrait pas présenter plusieurs cautions.

Ce n'est pas là du reste la seule application qu'on puisse faire ici des principes généraux en matière de cautionnement. Ainsi, l'art. 832 C. pr., déclare formellement que le créancier surenchérisseur pourra, à défaut de caution, et nous ajouterons par analogie de motif, en cas d'insuffisance de la caution, fournir un nantissement conformément à l'article 2041 C. civ. Toutefois, il est à remarquer que, tout en consacrant cet article, la loi le restreint considérablement dans son application, en n'admettant, dans l'espèce, qu'un nantissement d'une somme d'argent ou de rentes sur l'État, soit nominatives, soit au porteur. Aucun autre gage ne peut remplacer la caution, ni un meuble quelconque, ni même une créance hypothécaire. Le dépôt à titre de nantissement des valeurs dont nous venons de parler, doit être fait à la Caisse des dépôts et consignations; c'est elle qui a capacité pour recevoir un dépôt judiciaire. Mais y aurait-il nullité de la surenchère parce que les titres auraient été déposés ailleurs, par exemple au greffe? La question est controversée dans la jurisprudence. M. Chauveau, Q. 2478, est partisan de l'affirmative.

Le surenchérisseur pourrait-il se cautionner lui-même en offrant une hypothèque sur ses propres biens? Avant la loi de 1841, cette question était des

plus controversées. Les uns prétendaient que ce que voulait la loi c'était une garantie, or *plus est cautio in re quam in persona ;* et l'hypothèque paraissait devoir remplir aussi bien ce but qu'une caution et surtout qu'un nantissement. D'autres, et c'était même là le fondement des décisions de la jurisprudence, repoussaient l'hypothèque comme offrant trop de difficultés à réaliser, comme si elle en offrait moins lorsqu'elle est consentie par la caution elle-même sur ses propres biens que par le créancier surenchérisseur. Mais laissons là cette discussion, elle ne peut plus être raisonnablement soulevée, depuis que la loi de 1841 est venue établir des règles formelles sur ce point dans l'art. 832 C. pr., excluant tout cautionnement autre que celui dont nous venons de parler.

Voyons maintenant ce que doit garantir la caution, ou plutôt jusqu'à concurrence de quelle somme elle doit être offerte.

L'art. 2185 C. civ. porte que le surenchérisseur doit offrir caution jusqu'à concurrence du prix et des charges. Cette disposition donne naissance à plusieurs questions.

Et d'abord le cautionnement doit-il s'étendre au dixième en sus du prix? Pour répondre à cette question, il suffit de rappeler le rôle de la caution qui est de se soumettre envers les créanciers, à remplir l'obligation du débiteur principal, pour le cas où il n'y satisferait pas lui-même (art. 2011 C. civ.). Or, l'obligation du surenchérisseur est de faire porter l'immeuble à un dixième en sus du prix et des charges, c'est la disposition de l'art. 2185, § 2. Donc, lorsque

dans son § 5 le même article oblige le surenchérisseur à donner caution, bien qu'il ne parle que du prix et des charges, cela ne peut s'entendre que par renvoi au § 2 dans lequel se trouve l'obligation de cautionner. La Cour de Rennes s'était prononcée dans un sens contraire les 29 mai 1812 et 9 mai 1818. Mais l'arrêt de cassation intervenu sur cette dernière décision, le 10 mai 1829, a fait justice d'une jurisprudence erronée, en décidant que le cautionnement doit s'étendre, non-seulement au montant du prix stipulé dans l'acte de vente, mais encore au dixième dont le créancier a surenchéri. C'est aussi ce que pensent la plupart des auteurs.

Quant aux charges, ce sont toutes celles que nous avons reconnues comme faisant partie du prix, pour employer les expressions de la loi, en un mot tout ce que l'acquéreur a dû payer pour le vendeur. Or, à cet égard, l'art. 2185, § 5, est formel et toutes ces charges doivent donc, comme le prix lui-même, être garanties par la caution. Mais quid des frais et loyaux coûts du contrat ainsi que de tous ceux qui ont dû être acquittés par l'acquéreur pour son propre compte? Nous ne croyons pas qu'il puisse être question d'exiger qu'ils soient comptés dans la somme sur laquelle doit porter la caution. Qui en effet pourrait l'exiger? les créanciers? mais ils ne peuvent demander une garantie que pour ce qui doit leur être offert, que pour la somme qu'ils sont en droit de recevoir; or le montant des frais dont il s'agit ne leur est pas dû, puisqu'ils doivent rester à la charge de l'acquéreur, et par cela même ils n'ont pas dû être

compris dans la surenchère. Par l'acquéreur? peut-être, car aux termes de l'art. 2188 C. civ., le législateur oblige l'adjudicataire à les lui rembourser, et la caution qui garantirait ce remboursement ne serait souvent pas inutile. Toutefois nous ne voyons nulle part qu'elle ait été exigée, et il est certain pour nous que, si la loi avait voulu l'établir, elle n'aurait pas manqué de s'en expliquer formellement, soit dans l'art. 2185, soit dans l'art. 2188.

La caution ne s'étendra pas davantage, et pour les mêmes raisons, à l'obligation qui peut être imposée au surenchérisseur de rembourser à l'acquéreur le montant des impenses et améliorations qu'il aurait pu faire pendant qu'il détenait l'immeuble. Pas plus que dans l'acte de réquisition de mise aux enchères, on n'est tenu dans l'acte de soumission de la caution, d'évaluer numériquement le montant du prix que celle-ci s'engage à garantir. Cette évaluation pouvant présenter souvent de grandes difficultés, pour apprécier notamment les divers éléments qui peuvent composer le prix d'une vente, il sera plus prudent de s'en tenir à des généralités qui, tout en satisfaisant la loi, préviendront toute nullité qui pourrait résulter d'omissions involontaires.

Voyons maintenant quelles qualités doit remplir la caution.

Et d'abord il est presque inutile de dire qu'on ne peut présenter comme caution qu'une personne capable de s'obliger, et ayant la libre disposition de ses biens. Ainsi, une femme mariée sous le régime dotal ne pourrait, même avec l'autorisation de son mari,

servir de caution, à moins qu'elle n'ait des biens paraphernaux suffisants pour répondre de ses engagements ; sinon elle devrait être considérée comme insolvable, quelle que fût la valeur de ses biens dotaux.

Il faut de plus qu'elle soit solvable, et il ne suffit pas que sa solvabilité soit notoire, mais il est nécessaire qu'elle ait des biens en quantité et en valeur suffisantes, pour répondre de sa garantie. Aussi la loi veut-elle, comme moyen de contrôle de la solvabilité, dans l'art. 832 C. pr., que la caution fasse le dépôt au greffe des titres qui doivent servir à l'établir.

Si nous nous référons sur ce point aux règles du droit commun, nous voyons dans l'art. 2019 que la solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses immeubles. Nous examinerons plus loin si nous ne devons pas admettre quelques exceptions à cette règle, mais pour le moment contentons-nous de l'appliquer dans toute sa rigueur.

Et d'abord la caution ne peut fonder sa solvabilité que sur des immeubles qui lui soient propres. Ainsi, il faut poser en principe que des biens dans lesquels la caution n'aurait qu'une propriété indivise, offriraient une garantie insuffisante, puisqu'au cas où une licitation interviendrait, elle pourrait amener ce résultat qu'un copropriétaire, en se portant adjudicataire de l'immeuble, fût réputé, en vertu des principes de notre droit, en avoir été toujours le seul et unique propriétaire. Il a été décidé, toutefois, qu'on devrait passer sur le fait de l'indivision, lorsqu'il n'y aurait aucun doute sur le point de savoir si la caution offerte avait d'autre part des biens suffisants pour répondre des

causes de l'obligation. Cette circonstance, en effet, enlève le plus grand intérêt, comme on le voit, à la solution [1].

Il faut de plus que les immeubles soient libres ou du moins que, déduction faite de toutes les charges qui peuvent les grever, ils offrent encore une garantie suffisante des engagements du surenchérisseur. Ainsi, il ne faut pas rejeter une caution par cela seul que ses immeubles sont grevés de l'hypothèque légale de la femme. La Cour de cassation a admis qu'on devait accepter comme caution valable un individu marié, dès l'instant que ses immeubles, au moment où ils étaient présentés, n'étaient pas grevés de reprises à exercer par sa femme, l'hypothèque légale de cette dernière n'étant, dans ce cas, que purement éventuelle, et ne pouvant diminuer en rien la solvabilité de la caution [2].

Ce sera, du reste, à ceux qui contesteront la solvabilité de la caution à justifier que les hypothèques légales non inscrites la rendent insolvable. Car, du moment que le surenchérisseur aura déposé avec ses titres de propriété, comme nous croyons qu'il y est obligé, un certificat du conservateur sinon négatif, du moins mentionnant des hypothèques qui ne peuvent avoir pour effet de rendre douteuse la solvabilité de la caution, il n'y a plus aucune raison pour que celle-ci ne soit pas déclarée valable.

La caution ne pourrait-elle pas, à défaut de pro-

[1] Paris, 12 avril 1850.

[2] Cass., 10 mai 1820. — Bourges, 7 mai 1845. — Rouen, 16 mai 1870.

priétés immobilières, contrairement à la règle absolue de l'art. 2019 C. civ., y suppléer par une consignation effective de deniers? Nous croyons que la disposition de notre article 832 C. pr. nous autorise à admettre cette dérogation. En effet, du moment qu'elle permet au surenchérisseur lui-même de remplacer la caution qu'il ne saurait être dispensé de donner, par un nantissement en argent ou en rentes sur l'État, nous ne voyons pas pourquoi la personne qui s'offre comme caution, n'aurait pas la même faculté. Rien ne peut mieux, à notre avis, garantir le paiement de la somme cautionnée, que la réalisation en deniers de cette somme spécialement affectée à l'exécution du cautionnement. On conçoit donc facilement que la jurisprudence, suivant en cela l'opinion de la plupart des auteurs, ait adopté généralement cette décision [1].

Dans ce cas, c'est encore à la Caisse des dépôts et consignations que devront être déposés les sommes ou titres de rentes.

A défaut de ces garanties la caution ne pourrait fonder sa solvabilité sur aucune autre valeur mobilière. Elle ne pourrait, par exemple, l'établir par le nantissement de billets à ordre souscrits à son profit, pas plus que sur le dépôt de titres de créances privilégiées ou hypothécaires. Aucun texte, en effet, ne nous autorise à admettre de semblables garanties, qui d'ailleurs nous paraissent insuffisantes.

[1] Cass., 3 février 1832. — Cass., 8 janvier 1834. — Paris, 27 décembre 1839. — Bourges, 17 mars 1852.

Nous avons dit que l'art. 832 C. pr. exigeait le dépôt au greffe des titres constatant la solvabilité de la caution. Mais il ne faut pas entendre cette disposition en ce sens que des immeubles qu'on possèderait, par exemple à titre d'héritage, ne pourraient servir à prouver la solvabilité de la caution, par cela seul que celle-ci ne justifierait pas, par un titre écrit, de la propriété de ces immeubles. L'esprit de la loi ne comporte évidemment pas une application aussi rigoureuse des textes. Toutefois, il faudra, au moins à défaut de titres qui puissent justifier l'origine de propriété, que le surenchérisseur, pour se conformer à l'art. 832 C. pr., notifie à l'acquéreur les actes qui peuvent servir à constater que les biens dont il s'agit sont la propriété de la caution, par exemple, des baux qu'elle aura passés, des quittances qu'elle aura reçues, des avertissements d'imposition, etc., etc.

Quant à la valeur même des immeubles de la caution, elle ne sera pas nécessairement établie par les titres de propriété, et, si elle est contestée, elle pourra être constatée par expert, et, dans tous les cas, la caution pourra fournir les bases de cette valeur, au moyen du rôle des contributions constatant le revenu réel des biens.

L'article 832 C. pr., exige que les titres de la solvabilité de la caution soient déposés avant la réquisition de mise aux enchères qui doit même mentionner le dépôt. Cette décision quelque formelle qu'elle soit, ne saurait être appliquée avec une trop grande rigueur. Nous croyons notamment que, s'il y avait lieu simplement à suppléer à l'insuffisance des

titres déposés, pour constater la solvabilité de la caution ; les preuves de cette solvabilité pourraient parfaitement être complétées à l'audience. Ce serait, pensons-nous, méconnaître l'esprit de la loi que de faire une application trop stricte des formalités qu'elle prescrit, surtout de celles qui nécessitent une certaine latitude dans la manière dont elles peuvent être exécutées. D'ailleurs, si l'art. 832 dit que les titres seront déposés avant la réquisition de surenchère, il ne dit pas que ce seront là les seuls éléments d'appréciation du juge, et comme il s'agit ici, non pas d'étudier la valeur de tel ou tel immeuble, mais seulement d'examiner si l'individu présenté comme caution, est solvable, expression on ne peut plus large et générale, la plus grande liberté d'appréciation doit être laissée au tribunal.

Il est bien évident, au contraire, que s'il n'avait été déposé aucun titre ou seulement des titres insignifiants ou de peu de valeur, il faudrait décider autrement, car, dans cette hypothèse, l'acquéreur étant fondé à croire à l'insolvabilité de la caution, peut douter de la sincérité de la surenchère et, du reste, comme l'une des formalités exigées par l'article 832 C. pr., a été omise, il y aura lieu à nullité conformément à l'article 838 du même Code.

Aux termes de l'art. 2018 C. civ., relatif au cautionnement en général, il est dit que la caution doit être domiciliée dans le ressort de la Cour d'appel. Cette règle doit être également applicable dans notre

matière, car il est nécessaire qu'en cas d'inexécution des obligations attachées à la surenchère, les parties intéressées à diriger des poursuites contre la caution, n'aient pas à lutter contre les difficultés souvent fort graves qui pourraient résulter de l'éloignement du domicile de celle-ci. C'est donc avec raison que la jurisprudence et les auteurs s'accordent ordinairement pour décider que l'inobservation de cette condition de domicile de la part de la caution, entraîne la nullité de la surenchère [1].

Quant aux immeubles il n'est pas nécessaire qu'ils soient situés dans le ressort de la cour où a lieu la la surenchère; il suffit seulement, dit l'art. 2019 C. civ., que l'éloignement de leur situation n'en rende pas la discussion trop difficile.

Avant la loi du 22 juillet 1867, il pouvait être utile de savoir si la personne présentée comme caution devait, outre les conditions de solvabilité exigées, être susceptible de contrainte par corps, conformément à l'art. 2040 C. civ. Cette question qui n'offre plus d'intérêt pour nous, depuis la suppression de la contrainte par corps, nous paraît avoir été tranchée à tort par certains auteurs dans le sens de l'affirmative. En effet, l'art. 2040 n'exige cette condition que de la caution judiciaire, et nous nous trouvons ici en matière de caution purement légale. D'où il résulte que, même avant le nouvel état de choses en matière de contrainte

[1] Cass., 22 fév. 1853. — Orléans, 5 août 1853. — Pigeau. — Favart.

par corps, une femme, pourvu qu'elle remplît d'ailleurs toutes les conditions exigées, pouvait être valablement donnée comme caution.

Le surenchérisseur qui a offert une caution insuffisante, est-il encore recevable à offrir une nouvelle caution ou une consignation en espèces? En d'autres termes sa surenchère sera-t-elle nulle par suite de l'insuffisance de sa caution, et sera-t-il obligé, s'il veut remplacer cette caution, de former une nouvelle surenchère, à la condition d'être dans le délai de quarante jours?

Et d'abord, nous ne parlons point de l'hypothèse d'une caution tout à fait insolvable; il est inutile de dire qu'une pareille caution serait nulle, et comme elle serait incapable de présenter aucun titre, ou qu'elle n'offrirait que des garanties dérisoires, la surenchère, nous l'avons déjà dit, ne serait pas valable; et nous déciderons ainsi alors même que la caution serait devenue solvable avant que le juge eût été appelé à statuer sur sa validité. Il ne suffit pas, en effet, que la garantie existe, il faut qu'elle ait été sérieuse au moment où elle a été fournie; présenter une caution insolvable, c'est n'en offrir aucun, en réalité. Si la caution devient solvable, et qu'on prétende la maintenir, c'est comme si on en offrait une nouvelle. Or la surenchère étant nulle, on ne saurait, sans en former une autre, offrir une nouvelle caution. Signalons toutefois, en passant, l'opinion de Troplong, qui admet comme valable une caution devenue solvable avant l'expiration du délai de quarante jours.

Mais faut-il déclarer nulle une surenchère parce

que la caution n'est pas suffisante ? On a prétendu que le surenchérisseur était tenu d'offrir dans l'acte même de réquisition de mise aux enchères, une caution ou un nantissement suffisant, et que c'était contrevenir à cette obligation que de présenter une caution qui ne réunît point les conditions requises pour sa validité.

Dans ce cas, l'offre d'une caution valable ne pourrait réparer ultérieurement la nullité de la surenchère qui est un fait acquis. Cette solution qui a été cependant admise fréquemment par la jurisprudence, mais seulement avant la loi de 1841, ne nous satisfait point.

Il nous paraît, en effet, bien rigoureux de décider qu'une simple erreur dans l'appréciation, souvent si délicate, des charges de la vente et du montant du cautionnement, puisse suffire à faire tomber une surenchère sérieuse, alors surtout qu'on offre de réparer cette erreur en temps utile. Ainsi, d'après nous, la suffisance ou l'insuffisance du cautionnement comme du nantissement à fournir en matière de surenchère, s'estimant, non pas eu égard à la valeur qu'il pouvait avoir à l'époque où il a été offert, mais bien eu égard à la valeur qu'il aura au moment où le juge statuera sur sa validité, le surenchérisseur doit être admis tant que les choses sont encore entières, et sans retarder en rien le jugement que l'acquéreur est en droit de réclamer de suite, à fournir une caution supplémentaire ou à parfaire son nantissement, et cela même après l'expiration des délais de quarante jours.

C'est là, du reste, l'opinion généralement admise aujourd'hui par les cours, depuis la loi de 1841, qui

tout en tranchant un certain nombre de difficultés que soulevait l'application de la loi ancienne en matière de surenchère, n'a pas statué expressément sur la question qui nous occupe et qui, notamment, en prononçant la nullité de la surenchère en cas de rejet de la caution, ne s'explique pas sur le point de savoir à quel moment elle doit être appréciée. Ce sont ces considérations qui ont motivé un arrêt de la Cour de Rouen du 25 novembre 1844 [1].

Que faut-il décider dans l'hypothèse où la caution présentée par le surenchérisseur, valable et suffisante au moment où elle a été offerte, devient insolvable à la suite d'un événement quelconque, avant qu'il ait été prononcé sur sa validité? Le surenchérisseur aura-t-il encore le droit de la remplacer ou de la compléter? La solution à donner à cette question dépend d'après nous de l'examen des circonstances qui ont amené l'insolvabilité de la caution. Il s'agit de distinguer si cette insolvabilité provient d'un fait imputable au surenchérisseur, ou, ce qui pour nous est la même chose, comme nous allons le dire, de la faute de la caution, ou, au contraire, d'un cas fortuit que ni l'un ni l'autre ne pouvaient empêcher. Ainsi la caution est-elle devenue insolvable à la suite d'un événement de force majeure, tel qu'un incendie ou une inondation, aucun fait ne pouvant être reproché au surenchérisseur, celui-ci devra être admis à fournir une nouvelle caution. Au contraire, si c'est la caution

[1] Dans le même sens : Cass., 6 novembre 1843. — Paris, 28 décembre 1843. — Rouen, 5 mars 1852.

elle-même qui s'est rendue insolvable, par exemple en vendant ses propriétés immobilières, le surenchérisseur qui est en faute de ne pas avoir choisi un garant qui méritât mieux sa confiance, voit tomber sa surenchère en même temps que la caution, et ne peut en fournir une autre qu'en formant une nouvelle surenchère s'il se trouve encore dans les délais légaux.

La même question que celle que nous venons de résoudre, se présentait sous l'empire du Code de procédure ancien, c'est-à-dire avant la loi de 1841, au cas où la caution offerte dans la réquisition de surenchère, retirait sa promesse, ou plutôt refusait de s'obliger; et il fallait décider, conformément aux principes que nous avons admis, que le surenchérisseur ne pouvait remplacer cette caution dont le refus annulait la surenchère. Car il était à blâmer de ne pas avoir su choisir une caution sur laquelle il pût compter. Du reste, le système contraire aurait pu avoir de graves inconvénients, car c'eût été souvent pour le surenchérisseur un moyen d'obtenir, en indiquant dans son acte de surenchère, le premier nom venu, une prolongation de délai pour fournir la caution que, d'après la loi, il doit présenter dans son acte de surenchère, à peine de nullité. Au surplus, cette question ne peut plus se présenter aujourd'hui, puisqu'aux termes de l'art. 832 C. pr. modifié, la soumission de la caution doit être faite au greffe avant la réquisition de surenchère. Et cette soumission ne peut évidemment être rétractée au moins à l'égard du surenchérisseur, car autrement, le maintien ou l'annulation de la surenchère dépendraient

uniquement de la volonté de la caution, ce qui ne saurait être admis, et la soumission passée au greffe par la caution, forme, on peut dire, entre elle et le surenchérisseur qui la présente et dont elle garantit les obligations, un contrat irrévocable, surtout après les délais accordés pour la réquisition de surenchère [1]. Mais, à l'égard du vendeur, de l'acquéreur et même des créanciers inscrits, nous ne croyons pas que la soumission de la caution puisse être considérée comme ayant la même valeur; il ne peut, en effet, y avoir contrat vis-à-vis de ces personnes que par l'acceptation ou par le jugement qui admet la caution offerte. En conséquence, rien ne s'oppose à ce que le surenchérisseur relève à leur égard sa caution, tant qu'il n'a pas été procédé à sa réception.

Nous pouvons faire notamment l'application de cette distinction dans le cas de mort de la caution offerte. Ou bien cette caution est décédée avant sa réception, et alors rien ne s'oppose à ce que, comme le dit judicieusement Troplong, le surenchérisseur ne fasse toutes les diligences convenables pour la remplacer dans l'intervalle qui reste à courir des quarante jours, ou bien elle n'est décédée qu'après avoir été reçue par jugement, et dans ce cas, la question ne se pose pas, puisque son engagement passe à ses héritiers.

Si nous admettons que, dans certains cas, le surenchérisseur peut être admis à remplacer ou à complé-

[1] En ce sens : Riom, 29 novembre 1830.

ter la caution qu'il a offerte dans sa réquisition, il faut au moins dire quelles règles devront être suivies pour la présentation et la réception de la nouvelle caution. Sera-t-on encore obligé d'observer sur ce point le mode spécial prescrit par l'art. 832 C. pr., ou bien pourra-t-on s'en rapporter aux règles générales énoncées dans les art. 518 et suivants du même Code? L'intérêt de la question se présente si l'on considère que, d'après le système établi par ces derniers articles, la caution offerte, au lieu d'être nécessairement reçue par jugement comme au cas de l'art. 832, peut être simplement acceptée par la partie intéressée et qu'elle est même réputée acceptée, si dans un délai déterminé il ne s'est pas élevé de contestation. On a prétendu, et il a même été jugé par la Cour de Cassation (16 mars 1824), que, lorsque le surenchérisseur avait été admis par un jugement à fournir une nouvelle caution, celle-ci devait être reçue selon les formalités générales, en matière de réception de caution; qu'en effet, cette question était désormais indépendante de la validité de la surenchère, qu'on n'agissait plus qu'en vertu d'un jugement et que l'art. 832 n'ayant pas prévu cette hypothèse, mais ayant disposé seulement à l'égard de la caution à présenter lors de la surenchère, il fallait nécessairement appliquer les principes généraux.

Nous hésitons pourtant à nous prononcer pour une pareille solution, les motifs sur lesquels on l'établit ne nous semblant pas des plus solides. En effet, si la nouvelle caution est donnée en vertu

d'un jugement, il n'en pas moins vrai qu'elle ne fait que remplacer une caution exigée avant tout par la loi, et que le surenchérisseur devait fournir avant le jugement et indépendamment du jugement. Or, il est inexact de dire que la question du remplacement de la caution est indépendante de la validité de la surenchère; car, si le surenchérisseur ne fournit pas cette fois une caution valable et suffisante, il verra déclarer nulle sa surenchère. Ajoutons enfin que le législateur ayant pris la peine d'exiger, en matière de surenchère, de la part de la caution, certaines garanties qu'elle n'exige pas d'une caution ordinaire, on ne voit pas pourquoi, au cas où cette caution viendrait à faire défaut ou à devenir incomplète, celle qui doit la remplacer ne serait pas soumise aux mêmes obligations. Ainsi nous admettons que la disposition de l'art. 832 C. pr. doit s'appliquer aussi bien à la caution première qui est offerte dans l'acte de surenchère, qu'à celle qui est admise pour la compléter, et que toutes deux ne sauraient être reçues autrement que par un jugement.

Mentionnons en terminant ce que nous avions à dire au sujet de la caution, la dernière disposition de l'art. 832 C. pr. Elle porte que, dans le cas où la caution ne sera pas admise, la surenchère sera déclarée nulle et l'acquéreur maintenu, à moins qu'il n'ait été fait d'autres surenchères par d'autres créanciers. Rien n'empêche, du reste, bien que la loi ne le dise pas expressément, que le créancier qui a vu annuler sa surenchère n'en forme une seconde, tant

qu'il se trouvera dans le délai de quarante jours et que les autres créanciers n'auront pas usé de ce même droit.

CHAPITRE VII

Des suites de la surenchère.

Droit commun à tous les créanciers. — Poursuite de revente. — Subrogation. — Procédure de revente. — Nullités. — Appel. — Adjudication. — Qui peut se rendre adjudicataire.

La réquisition de la surenchère, faite valablement par un créancier inscrit, devient commune à tous les autres; de sorte que, et l'art. 2190 C. civ. est formel sur ce point, son désistement, même quand il paierait le montant de sa soumission, ne saurait empêcher l'adjudication publique de l'immeuble surenchéri. L'acquéreur ne peut pas davantage, en désintéressant le surenchérisseur, le forcer à se désister de sa surenchère; mais il a même été admis fréquemment par la jurisprudence que ce dernier était admis à donner suite à sa réquisition, encore qu'il ait été payé de sa créance [1]. Il faut pour que le désistement

[1] Cass., 31 mai 1831. — Limoges, 11 juillet 1833. — Cass., 18 janv. 1860.

du surenchérisseur ait un effet absolu, qu'il ait eu lieu du consentement de tous les créanciers inscrits, sans que, du reste, il soit nécessaire que l'acquéreur y ait adhéré ; ce dernier, en effet, est sans qualité pour contester un désistement qui peut aboutir à lui conserver un immeuble, dans la possession duquel il doit avoir, au contraire, tout intérêt à être maintenu.

Si la plupart des auteurs sont d'accord pour décider que la surenchère n'étant faite que dans l'intérêt des créanciers inscrits, l'acquéreur peut l'empêcher en offrant de les payer intégralement, nous croyons qu'il peut également arrêter par de pareilles offres, les effets d'une surenchère déjà formée. La surenchère en effet n'étant pour les créanciers qu'un moyen d'obtenir paiement sur le prix de leur gage, devient sans intérêt pour eux, du moment où ce paiement leur est assuré, et ils n'ont plus aucune raison pour en demander le maintien. Et il y a lieu de décider ainsi, alors même que l'acquéreur aurait déclaré d'abord ne vouloir payer que jusqu'à concurrence de son prix, et qu'il aurait notifié son contrat et offert ce prix.

Mais il faut, bien entendu, pour que les offres soient valables qu'elles soient faites conformément à la loi, suivies de consignation et qu'elles ne comportent aucune réserve, celle, par exemple, de discuter la légitimité des créances inscrites. De plus, il faut pour qu'elles soient suffisantes à l'égard du créancier surenchérisseur, qu'elles comprennent, outre le montant de sa créance, les frais occasionnés par la surenchère. Il a même été jugé par la cour d'appel de

Rouen (8 mai 1847) que le tiers acquéreur était tenu en outre de faire cesser tous obstacles au retrait par le surenchérisseur des sommes par lui versées à titre de cautionnement, alors que ces obstacles provenaient d'un fait étranger à ce dernier. Enfin, d'après M. Bioche, les offres réelles faites pour arrêter les effets d'une surenchère, doivent comprendre les intérêts des diverses créances inscrites, c'est-à-dire deux années d'intérêts et l'année courante, conformément aux dispositions de l'art. 2151 C. civ.

Mais laissant de côté l'hypothèse d'un désistement consenti par tous les créanciers inscrits, et celle où l'acquéreur met fin à la surenchère en offrant de les désintéresser intégralement ; voyons quelles vont être les suites d'une surenchère valablement formée.

« Lorsqu'une surenchère, porte l'art. 833, aura été notifiée avec assignation dans les termes de l'art. 832, chacun des créanciers inscrits aura le droit de se faire subroger à la poursuite, si le surenchérisseur ou le nouveau propriétaire ne donne pas suite à l'action dans le mois de la surenchère. » Ainsi, la surenchère devant aboutir à la revente, chaque créancier inscrit a le droit de se faire subroger au surenchérisseur, dans le cas où ce dernier ne donnerait point suite à son action. Mais la subrogation n'est possible qu'après l'expiration d'un mois donné au surenchérisseur pour exercer son droit. Après ce délai, les créanciers inscrits et aussi le tiers acquéreur intéressé à ne pas demeurer plus longtemps dans le *statu quo*, peuvent agir eux-mêmes. Le même droit leur est accordé par l'art. 833 C. pr.,

lorsque dans le cours de la poursuite faite par le surenchérisseur, il y aurait collusion, fraude ou simplement négligence de la part de ce dernier. Dans tous les cas, la subrogation sera demandée par une simple requête en intervention et sera signifiée par acte d'avoué à avoué (art. 833). La loi ne dit point à qui elle doit être signifiée; mais il paraît évident qu'elle le sera d'abord au vendeur, s'il est représenté dans l'instance par un avoué, tout aussi bien qu'à l'acquéreur ou au poursuivant; car le vendeur, comme on l'a dit, est partie intéressée dans la poursuite.

D'après le projet de 1829, comme le fait observer M. Chauveau, le subrogé était censé prendre la surenchère pour son propre compte, en un mot devenir véritablement surenchérisseur à la place du premier. Mais ce n'est pas ce qu'a décidé la loi de 1841, qui, en déclarant (art. 833 C. pr., *in fine*) que l'adjudication se poursuit aux risques et périls du surenchérisseur, et que la caution offerte par celui-ci continue d'être obligée, malgré la subrogation, montre bien que dans son esprit, ce n'est pas une action nouvelle que le subrogé intente, mais bien l'action du surenchérisseur qu'il ne fait que continuer. Et cette solution était déjà consacrée par la jurisprudence même avant la loi de 1841 [1].

Il est bien entendu, d'ailleurs, que si la surenchère n'était pas valable, soit à raison de l'insuffisance de

[1] Lyon, 17 fév. 1840.

la caution, soit pour tout autre motif que l'inobservation des délais de poursuite, il ne saurait y avoir lieu à subrogation, car on ne peut être subrogé à une procédure qui, à proprement parler, n'existe pas.

Nous admettrons même que dans le cas où un jugement a autorisé le remplacement ou le complément d'une caution reconnue insuffisante, la subrogation ne pourrait être accordée, tant que ce jugement n'aura pas été mis à exécution, car la validité de la surenchère est subordonnée à ce remplacement ou à ce complément, qui ne peuvent être opérés que par le surenchérisseur.

S'il s'est présenté plusieurs surenchérisseurs après une vente volontaire, la poursuite appartient au plus diligent et si la poursuite de l'un d'eux est annulée, le plus diligent des autres peut commencer la sienne. Du reste, aucun délai n'est fixé par la loi, à partir de l'admission de la surenchère, pour commencer les poursuites. Le plus ou le moins de célérité est à la disposition du poursuivant, sauf le droit de subrogation dont nous venons de parler.

La revente sur surenchère, qu'elle soit poursuivie par le créancier surenchérisseur lui-même, ou par les autres créanciers qui se seront fait subroger à ses droits, ou encore par le nouveau propriétaire, a lieu, aux termes de l'art. 2187 C. civ., suivant les formes établies pour les expropriations forcées. Mais cette procédure, soumise également à quelques règles spéciales énoncées aux art. 836 et suivants C. pr., fut reconnue trop longue, dispendieuse et incomplète.

Une réforme était donc nécessaire, et cette réforme fut réalisée par la loi de 1841 qui a modifié singulièrement les articles 836, 837 et 838 C. pr.

Aux termes de l'art. 836, « pour parvenir à la « revente sur enchère prévue par l'art. 2187 C. civ., « le poursuivant fera imprimer des placards qui con- « tiendront : 1° la date et la nature de l'acte d'alié- « nation sur lequel la surenchère a été faite, le nom « du notaire qui l'aura reçu ou de toute autorité « appelée à sa confection ; 2° le prix énoncé dans « l'acte, s'il s'agit d'une vente, ou l'évaluation donnée « aux immeubles dans la notification aux créanciers « inscrits, s'il s'agit d'un échange ou d'une donation ; « 3° le montant de la surenchère ; 4° les noms, pro- « fessions, domiciles du précédent propriétaire, de « l'acquéreur ou donataire, du surenchérisseur ainsi « que du créancier qui lui est subrogé dans le cas de « l'art. 833 ; 5° l'indication sommaire de la nature et « de la situation des biens aliénés ; 6° le nom et la de- « meure de l'avoué constitué pour le poursuivant ; « 7° l'indication du tribunal où la surenchère se pour- « suit, ainsi que des jour, lieu et heure de l'adjudi- « cation. Ces placards seront apposés quinze jours au « moins et trente jours au plus avant l'adjudication, à « la porte du domicile de l'ancien propriétaire et aux « lieux désignés dans l'art. 699 du Code de procé- « dure. Dans le même délai, l'insertion des énoncia- « tions qui précèdent sera faite dans le journal dési- » gné en exécution de l'art. 696, et le tout sera « constaté comme il est dit dans les art. 698 et 699. »

Il n'est pas nécessaire de reprendre un à un les

différents points de cet article qui ne paraît pas avoir besoin d'explications pour être compris, surtout après tout ce que nous avons dit jusqu'à présent sur la matière. Nous n'avons pas non plus l'intention de citer les articles 698 et 699 auxquels renvoie l'art. 836; il suffit de s'y reporter. Néanmoins, comme nous nous trouvons alors en matière de saisie immobilière, il importe de préciser la signification de certains termes que la loi n'a pas cru devoir rectifier, pour les approprier à la matière de la surenchère sur aliénation volontaire. Ainsi, l'art. 699 dit qu'un placard devra être apposé à la porte du domicile du *saisi*, et plusieurs fois encore cette expression est employée dans le corps du même article. Or, il faut évidemment admettre que, dans une vente sur surenchère du dixième, c'est l'acquéreur qui remplacera le saisi. Ainsi, c'est à la porte du nouveau propriétaire que devra être affichée la vente.

L'art. 837 C. pr. oblige le poursuivant à faire, quinze jours au moins et trente jours au plus avant l'adjudication, sommation à l'ancien et au nouveau propriétaires, et au surenchérisseur, lorsque c'est un autre qui poursuit, d'assister à l'adjudication. Dans le même délai, il doit déposer l'acte d'aliénation au greffe, et le même article ajoute que cet acte d'aliénation « tiendra lieu de minute d'enchère », et que « le prix porté dans l'acte où la valeur déclarée « et le montant de la surenchère tiendront lieu « d'enchère. »

Comment le poursuivant pourra-t-il se procurer l'acte d'aliénation pour le déposer au greffe? Certains

auteurs, Pigeau entre autres, pensent que le poursuivant peut commencer par faire sommation à l'acquéreur, de le déposer lui-même au greffe. Mais celui-ci refusera le plus souvent de se soumettre à cette sommation, ne voulant pas donner son concours à une procédure qui a pour but de le déposséder. Alors, c'est au poursuivant à chercher à l'obtenir. Et d'abord, si l'acte d'aliénation est un acte authentique, il aura qualité pour en demander à l'officier public, dépositaire de la minute, une expédition qu'il fera lever aux frais de l'acquéreur. Si, au contraire, c'est un simple acte sous seing privé, il suffira, pensons-nous, que le poursuivant requère au bureau des hypothèques, une expédition de la transcription, et la dépose au greffe pour remplir le but de la loi.

Le législateur, en déclarant que l'acte d'aliénation servira de minute d'enchère, ne s'oppose point à ce que le surenchérisseur dépose, en outre, s'il le juge convenable, un cahier des charges explicatif. Nous disons explicatif, car les nouvelles clauses apportées par ce cahier des charges qui peuvent, du reste, être contestées par le vendeur et par l'acquéreur, ne sauraient en rien changer les conditions du contrat, et Troplong fait justement observer qu'on ne devrait pas admettre un cahier des charges qui en imposerait de nouvelles, contrarierait ou même éteindrait celles qui résultent du contrat. Il a cependant été jugé qu'en cas de revente sur surenchère, le premier acquéreur pouvait valablement insérer dans une clause du cahier des charges, que le nouvel acquéreur serait tenu de payer, en sus du prix, la plus-value résultant des amé-

liorations et reconstructions faites depuis la première vente.

L'art. 838 C. pr. dit que le surenchérisseur sera déclaré adjudicataire, si, au jour fixé pour l'adjudication, il ne se présente pas d'autre enchérisseur, et cela, même au cas de subrogation; ce qui est une preuve que le subrogé n'agit pas pour lui-même, mais ne fait que poursuivre la surenchère formée par le véritable surenchérisseur. L'art. 838 renvoie ensuite à certains articles du Code de procédure, au titre de la saisie immobilière, qu'il déclare applicables au cas de surenchère. Ce sont d'abord les art. 701, 702, 705, 706, 707, 711, 712, 713, 717 qui ont trait aux formes et aux conditions de l'adjudication. Nous ne nous occuperons point de l'étude de tous ces articles à cause des limites dans lesquelles nous sommes obligés de nous renfermer. Nous aurons toutefois à nous reporter à l'art. 711, lorsque nous nous demanderons qui peut se porter adjudicataire, et à l'art. 717 pour les effets de l'adjudication qui seront examinés dans le chapitre suivant.

Nous laisserons également de côté le cas de folle enchère qui n'a rien de spécial à notre sujet et qui dépasserait le cadre de notre étude. Quant aux art. 731, 732 et 733 C. pr., relatifs aux voies de recours à prendre contre un jugement en cas de saisie, et auxquels l'art. 838 se réfère également, nous allons en dire quelques mots à propos de ce qui va suivre.

« Les formalités prescrites par les art. 705, 706, « 832, 836, 837 seront observées à peine de nullité. »

Ce sont les termes mêmes de l'art. 838, C. pr. « Les « nullités, continue le même article, devront être « proposées, à peine de déchéance, savoir : celles qui « concerneront la déclaration de surenchère et l'assi- « gnation, avant le jugement qui doit statuer sur la « réception de la caution ; celles qui seront rela- « tives aux formalités de la mise en vente, trois « jours au moins avant l'adjudication. Il sera statué « sur les premières par le jugement de réception « de la caution, et sur les autres avant l'adjudica- « tion, et autant que possible par le jugement même « de cette adjudication. Aucun jugement ou arrêt par « défaut en matière de surenchère sur aliénation vo- « lontaire ne sera susceptible d'opposition. Les juge- « ments qui statueront sur les nullités antérieures à « la réception de la caution, ou sur la réception même « de cette caution, et ceux qui prononceront sur la « demande en subrogation, seront seuls susceptibles « d'être attaqués par la voie de l'appel. »

La Cour de cassation, statuant conformément à cet article, a décidé, dans un arrêt du 3 avril 1854, que les moyens de nullité contre une déclaration de surenchère devaient, à peine de déchéance, être proposés avant le jugement à intervenir sur la réception de la caution, et ne pouvaient en aucun cas être invoqués pour la première fois en appel, alors même que le jugement attaqué aurait été rendu par défaut. Et la Cour suprême ajoute que dans ce dernier cas on ne saurait objecter, en présence des termes formels de l'article 838 C. pr., que l'opposition n'étant pas permise, et la partie qui a fait défaut n'ayant pu pré-

senter ses moyens de nullité, l'appel est la seule voie qui lui soit ouverte pour les faire valoir.

Quiconque est intéressé à voir disparaître la surenchère, est recevable à invoquer les nullités prononcées par l'art. 838 C. pr. Ainsi le vendeur comme tenu à la garantie, l'acquéreur à raison de l'éviction qu'il peut subir ont tout intérêt à contester la validité de la surenchère. Il a même été jugé que la nullité d'une surenchère sur aliénation volontaire, pour défaut de signification régulière au vendeur dans le délai de quarante jours, pouvait être invoquée par l'acquéreur, bien qu'elle ne le fût pas par le vendeur [1].

M. Chauveau, généralisant cette décision, croit que l'ancien propriétaire et l'acquéreur étant tous deux parties nécessaires dans la procédure de surenchère, chacun d'eux peut se prévaloir des nullités commises à l'égard de l'autre.

Le délai d'appel n'est que de dix jours aux termes des art. 731 et 732 C. pr., auxquels renvoie l'art. 838. Et ce sont encore les formes particulières indiquées pour ces mêmes articles qui sont applicables à notre matière. D'ailleurs, l'art. 838 ne s'applique, quant à la faculté d'appel, qu'aux jugements ayant statué sur des nullités antérieures à la réception de caution, ou sur la réception même de cette caution, ou à ceux qui auront prononcé sur la demande en subrogation formée pour fraude ou collusion. Il ne faut pas en conclure pour cela que les questions qui intéressent le fond du droit et sont susceptibles d'après le droit

[1] Cass., 17 mars 1865.

commun d'un double degré de juridiction, ne seront pas, en matière de surenchère, susceptibles d'appel. Mais tout ce qu'a voulu la loi, c'est prévenir et abréger les difficultés de forme en même temps qu'éviter des lenteurs et des frais pour les questions de nullités qu'il est important de trancher au plus vite, mais sans pour cela préjudicier en rien au fond du droit [1].

L'adjudication sur surenchère aura lieu au jour indiqué, sans que le tribunal puisse, comme en matière de saisie immobilière, accorder de sursis. Du reste, l'art. 838 C. pr. ne déclare pas l'art. 703 applicable en matière de surenchère. Il est évident, néanmoins, que si un incident quelconque empêchait l'adjudication au jour indiqué, elle pourrait valablement être prononcée un autre jour, mais à la condition, toutefois, que ce changement eût été annoncé par de nouvelles affiches et insertions.

C'est devant le tribunal de la situation des immeubles, le même qui est appelé à connaître des contestations relatives à la validité de la surenchère, comme cela ressort du texte même de l'art. 838, que doit avoir lieu l'adjudication, et cela, même alors que l'aliénation qui a fait l'objet de la surenchère, aurait eu lieu dans le ressort d'un autre tribunal. Il est procédé à la réception des enchères et à l'adjudication, d'après les formes indiquées aux articles 705, 706 et 707.

S'il est fait une enchère, le surenchérisseur ayant

[1] En ce sens : Bordeaux, 11 juin 1842; Nîmes, 19 mai 1858

sa surenchère couverte, est, dès cet instant, dégagé de son obligation et de son cautionnement, alors même qu'il devrait être en définitive déclaré adjudicataire. En conséquence, il peut même dans ce cas, c'est la Cour de cassation qui le décide ainsi (2 mai 1870), exiger de la Caisse des dépôts et consignations la restitution des titres de rente par lui consignés en nantissement, conformément à l'art. 2185.

Mais qui peut, en dehors du créancier surenchérisseur, former une enchère et devenir adjudicataire?

Et d'abord, il est inutile de dire que ce droit n'est pas restreint aux seuls créanciers, mais qu'il appartient d'une manière générale à tout étranger. L'article 2185 et les articles du Code de procédure en donnent la preuve en exigeant toutes les formalités de publicité que nous avons indiquées.

Ainsi nous pouvons poser en principe, comme la loi l'a fait en matière de vente (art. 1594), que tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas, peuvent se porter adjudicataires. Quels sont donc ceux auxquels il est défendu de se rendre adjudicataires ?

Laissant de côté toutes les incapacités absolues qui tiennent à l'état de la personne, telles que celles du mineur, de l'interdit, de la femme mariée; nous ne voulons parler que des individus qui, bien que capables d'acheter en général, ne le peuvent ici, en raison de la qualité qu'ils ont d'ailleurs dans la vente. Ces exceptions à la règle générale nous les puiserons, tant dans l'art. 711, C. pr., visé par l'art. 738, que dans les art. 1596 et 1597 C. civ.

Nous les passerons rapidement en revue, sans nous y arrêter longuement, à raison de ce qu'elles ne sont pas spéciales en notre matière.

Et d'abord ne peuvent enchérir, aux termes de l'art. 711, le saisi ni les personnes notoirement insolvables. Occupons-nous d'abord des personnes notoirement insolvables. Par là, il faut entendre d'abord celles dont l'insolvabilité a été judiciairement et définitivement constatée : tels que les faillis non réhabilités, les débiteurs ayant fait cession, etc.; mais ce ne sont pas les seules, comme le prétendent certains jurisconsultes, et nous croyons qu'il faut également considérer comme insolvables ceux qui n'ont aucun immeuble ni aucun mobilier, qui ne sont même point portés sur le rôle des contributions, tous ceux enfin qui ne possèdent rien. Du reste, il est difficile de fixer des règles générales qui établissent l'insolvabilité d'une personne. Tout est relatif en pareille matière, et l'on peut très bien être solvable pour les petites opérations auxquelles on se livre suivant son état ou sa position, et néanmoins être réellement insolvable, s'il s'agit d'acquisitions plus importantes. Il faut donc laisser aux magistrats le soin de décider suivant les circonstances la question de savoir si l'enchérisseur est ou n'est pas *notoirement* insolvable.

Quant au *saisi* dont parle l'art. 711 auquel renvoie l'art. 838 C. pr. civ., on peut se demander si ce mot, dans son sens juridique, a une application en cas d'adjudication sur surenchère du dixième. Il semble que non, puisque l'adjudication sur saisie purgeant les hypothèques (art. 717 C. pr.), la surenchère du

dixième, nous l'avons dit, sera impossible. Aussi M. Chauveau qui seul a examiné cette question dit-il (Q., 2500) : « Je pense que ce mot doit être regardé comme non écrit. Il ne peut, en effet, être remplacé par le mot *acquéreur*, ainsi que je l'ai fait dans l'art. 699; car la loi ne peut interdire à l'acquéreur de concourir aux enchères. Plusieurs de ses dispositions supposent, au contraire, que ce droit lui appartient. Il n'en peut être autrement. Les motifs d'exclusion contre le saisi ne s'appliquent point à l'acquéreur qui n'est pas réputé insolvable. » Nous ne saurions partager cette opinion, et nous croyons qu'il est aujourd'hui un cas où le mot *saisi* s'appliquera dans son sens technique. Supposons, en effet, qu'une saisie ayant été pratiquée, ait été ultérieurement convertie en vente sur publications judiciaires, sans que les créanciers inscrits sur l'immeuble y aient été parties; la surenchère du dixième dans ce cas sera possible, nous l'avons dit, mais le *saisi* qui, malgré la conversion, n'en reste pas moins *saisi*, et par suite présumé insolvable, puisqu'il n'a point satisfait au commandement, ne pourra pas se porter adjudicataire sur la surenchère faite par un de ses créanciers. Donc le mot *saisi* de l'art. 711 a dans le renvoi que fait à cet article, l'art. 838, le même sens que dans l'art. 711 même. Mais, pourrait-on dire, le saisi étant vendeur ne peut se porter adjudicataire et, par suite, cette explication de l'art. 838 renvoyant à l'art. 711, n'a plus d'application.

Cette objection serait vraie, s'il était exact qu'un vendeur ne pût pas se porter adjudicataire sur la

surenchère du dixième faite par un de ses créanciers inscrits. Mais le tribunal de la Seine, le 30 avril 1880[1], a repoussé cette opinion. Voici l'espèce dans laquelle a statué le tribunal. Deux sœurs avaient vendu par licitation des immeubles indivis entre elles. L'une d'elles avait, au cours de l'indivision, grevé sa part d'hypothèques ; l'adjudication sur licitation fut tranchée au profit de deux étrangers qui notifièrent le contrat. Une surenchère faite par un des créanciers inscrits fut validée, puis, sur l'adjudication, celle des deux sœurs du chef de laquelle procédaient les hypothèques, se rendit adjudicataire. Dans ces conditions, l'acquéreur évincé demanda la nullité de la vente, se fondant sur l'incapacité de l'adjudicataire, le tribunal la repoussa en décidant que toute personne pouvait acheter ou vendre, si la loi ne le lui interdisait (1594, C. civ.), et que la loi n'ayant pas prononcé d'incapacité dans ce cas, la capacité était de droit. Il est vrai que le vendeur est tenu à garantie, ce qui nous a fait décider qu'il ne pouvait faire la surenchère du dixième, en vertu du principe *quem de evictione tenet actio*, etc.; mais dans l'espèce que nous rapportons, peut-on dire que la surenchère, une fois validée, est bien réellement le premier acte d'éviction, et que l'acquéreur, ayant désormais la certitude d'être évincé, il lui importera peu de l'être par le créancier surenchérisseur ou par son vendeur.

Sont également incapables de se porter enchérisseurs, même par l'intermédiaire d'un avoué, aux

[1] *Gazette des Tribunaux*, 2 juin 1880.

termes du même art. 711 C. pr., les membres du tribunal devant lequel se poursuit la vente, et l'avoué poursuivant, et cela à peine de nullité de l'adjudication ou de la surenchère, et de tous dommages-intérêts envers les parties. Si l'on se reporte à l'ancien article 713 C. pr., qui a été remplacé par l'art. 711, on est obligé de considérer comme membres du tribunal tant les juges titulaires ou suppléants que le procureur et ses substituts ainsi que les greffiers et commis greffiers assermentés.

Aux termes de l'art. 1596, « ne peuvent se rendre « adjudicataires, sous peine de nullité, soit par eux-« mêmes, soit par personnes interposées : les tuteurs « des biens de ceux dont ils ont la tutelle, les man-« dataires des biens qu'ils sont chargés de vendre; « les administrateurs de ceux des communes ou des « établissements publics confiés à leurs soins. »

Il est inutile de rappeler ici les motifs qui ont amené une pareille prohibition. Deux intérêts contraires se trouvant en présence, il était nécessaire d'en sacrifier un et ce devait être évidemment celui du mandataire et non celui du mandant. Mais on ne saurait étendre ces prohibitions, pour les raisons que nous avons déjà données, à savoir que nous nous trouvons ici en matière d'exception. Ainsi il ne faut pas, par assimilation, déclarer incapable de se porter adjudicataire, un subrogé tuteur, quant aux biens du mineur; il ne peut pas, du reste, être considéré comme représentant le mineur dont il n'administre pas les biens. Et il faut en dire autant des curateurs et des conseils judiciaires.

Si l'une des personnes auxquelles la loi l'interdit,

se portait adjudicataire, il y aurait nullité de l'adjudication.

Ici, comme dans toute autre poursuite de vente aux enchères, c'est au profit du dernier enchérisseur que doit être prononcée l'adjudication ; elle serait nulle si elle était prononcée au profit d'un autre. Il a même été admis, comme conséquence de ce principe, que, lorsque deux enchérisseurs avaient fait simultanément la dernière enchère, et que l'un d'eux seulement, entendu par le notaire commis pour la réception des enchères, avait été déclaré adjudicataire, l'adjudication devait être déclarée nulle, comme étant le résultat d'une erreur [1].

Le jugement d'adjudication étant plutôt un procès-verbal judiciaire qu'un véritable jugement, n'est pas susceptible d'appel. C'est, du reste, ce qui résulte de l'art. 730 du Code de procédure ; de sorte que, au cas où l'adjudication serait entachée de quelque nullité, c'est par voie de demande principale et non par voie d'appel que cette nullité devrait être demandée.

Terminons ce que nous avions à dire sur la surenchère, en citant une des dernières dispositions de l'article 838 C. pr., qui prononce que l'adjudication par suite de surenchère sur aliénation volontaire ne pourra être frappée d'aucune autre surenchère. Cette disposition dont nous avons eu déjà à parler en commençant, ne fait que consacrer un vieux principe de droit : *Surenchère sur surenchère ne vaut ;* principe dont l'application avait été, du reste, longtemps contestée avant la loi de 1841.

Douai, 2 avril 1838.

CHAPITRE VIII

Des effets de l'adjudication après surenchère sur aliénation volontaire.

L'adjudication peut être prononcée soit au profit du créancier surenchérisseur, soit au profit d'un autre créancier inscrit, soit même au profit de tout individu qui, n'étant nullement intéressé à la vente, y a été attiré par la publication ; et il n'y a pas à distinguer entre ces diverses personnes au point de vue des effets de l'adjudication. Mais elle peut encore avoir lieu au profit du premier acquéreur, et cette hypothèse, on le comprend facilement, est bien différente des précédentes, puisque l'adjudication au lieu de résoudre une aliénation, ne fait que maintenir la propriété à celui aux mains de qui elle se trouve.

Donc deux paragraphes distincts :

§ 1er. — L'adjudication est prononcée au profit d'un étranger.

Nous pouvons, tout d'abord, poser en principe que l'adjudication sur surenchère résout le premier contrat. Cet effet est facile à comprendre pour peu que

l'on examine les conditions dans lesquelles celui-ci a été formé. D'après l'intention des parties, le titre de l'acquéreur, que ce soit une vente, une donation ou un legs, devait produire *hic et nunc* ses effets. L'acquéreur est donc devenu immédiatement propriétaire, mais. l'immeuble étant grevé d'hypothèques, l'acquéreur est exposé à s'en voir dépouiller par les créanciers hypothécaires et alors pour éviter une surprise, il offre le prix de vente ou la valeur qu'il croit devoir donner à cet immeuble. Par suite, il peut être considéré comme propriétaire sous la condition résolutoire que les créanciers inscrits n'accepteront pas ses offres, mais jamais, comme certains auteurs l'ont prétendu, sous la condition suspensive qu'ils s'en contenteront. Et il n'est pas inutile de bien préciser cet effet principal de l'adjudication à cause des conséquences qu'il doit nécessairement entraîner.

Avant de passer à l'examen des questions que peut faire naître la résolution du contrat, il est indispensable de trancher un point capital sur lequel les auteurs sont loin d'être d'accord. Est-ce bien seulement l'adjudication qui a lieu à la suite de la surenchère, qui résout le titre de l'acquéreur, ou bien est-ce au contraire cette surenchère elle-même?

Nous croyons que c'est l'adjudication. En effet, la surenchère est bien, il est vrai, une manière d'exercer l'action hypothécaire, et son but est sans doute de dépouiller l'acquéreur, mais on ne peut dire qu'elle le dépouille effectivement; c'est seulement par la vente qui substituera un nouveau propriétaire au

premier acquéreur, que celui-ci verra ses droits perdus.

Du reste, nous n'avons qu'à invoquer en ce sens un argument d'analogie ou mieux *a fortiori*, sur lequel on appuie d'ordinaire cette doctrine. Nous voulons parler de ce que la loi décide en matière de délaissement.

Il résulte, en effet, d'abord de l'art. 2173 C. civ., qui accorde au détenteur qui a délaissé, le droit de reprendre la chose en payant les dettes inscrites et les frais, tant que l'adjudication n'est pas accomplie, que le tiers détenteur ne cesse d'être propriétaire par suite de son délaissement, que lorsque l'expropriation est consommée. D'après l'art. 2177 C. civ., les hypothèques ou autres droits réels que l'acquéreur avait eus avant la vente renaissent après l'adjudication faite sur lui ou le délaissement ; d'où l'on peut conclure que les hypothèques avaient été éteintes par confusion lors de l'acquisition, et que cet état de chose persiste jusqu'à l'adjudication, qui seule peut faire renaître ces droits. La loi, il est vrai, ajoute ces mots : *après le délaissement,* mais ce mot n'est employé que par opposition à *l'adjudication faite sur le détenteur,* et doit s'entendre dans le sens *d'adjudication après délaissement.*

Mais, peut-on dire, l'hypothèse d'un délaissement ne saurait être assimilée au cas de purge; en effet, lorsque le tiers acquéreur délaisse, il n'y a pas vente, et on comprend qu'il reste propriétaire jusqu'à l'adjudication. Au contraire, la situation est bien diffé-

rente lorsqu'un créancier s'engage en offrant un certain prix à demeurer acquéreur au cas où ce prix ne serait pas couvert par une enchère ; il y a donc vraiment vente éventuelle à son profit, et ce contrat doit suffire pour résoudre le titre du tiers détenteur, puisque lorsque la condition résolutoire à laquelle est soumis ce titre, c'est-à-dire l'adjudication, se réalisera, elle aura un effet rétroactif au jour du contrat. Pour répondre à cette objection, dont nous ne saurions, du reste, contester le bien fondé, nous devons rechercher le véritable caractère de l'engagement du surenchérisseur, et nous ne pouvons mieux faire que de citer l'opinion de Pothier, auquel nos législateurs ont tant emprunté pour la confection de notre Code.

Le surenchérisseur, dit le savant jurisconsulte, fait une promesse d'acheter dont il ne peut plus être dégagé que par une offre supérieure, mais il ne saurait être question d'une vente consommée, puisqu'il n'y a pas promesse de vendre. Ainsi, il n'y a là qu'une promesse unilatérale d'acheter qui n'a pas plus pour effet de dépouiller le premier acquéreur, qu'une enchère à l'égard d'un saisi, jusqu'à ce que l'adjudication soit prononcée; et la preuve c'est que sous l'édit de 1771, l'acquéreur avait le droit même après une surenchère formée, de *conserver* l'immeuble en parfournissant le supplément du prix.

Cette opinion est, du reste, admise par la plupart des auteurs, Grenier et Troplong, MM. Aubry et Rau, entr'autres, et également par la jurisprudence. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation (12 février 1828) a jugé que la réquisition de mise aux

enchères n'empêchait pas l'acquéreur d'exercer son droit de propriété, et que le défaut d'entretien de l'immeuble devait lui être imputable, et non au surenchérisseur [1].

Il nous paraît ainsi suffisamment établi que c'est l'adjudication seule qui résout le titre du premier acquéreur. Occupons nous donc maintenant des effets de cette résolution, que nous examinerons successivement, à l'égard du premier acquéreur, à l'égard du précédent propriétaire et à l'égard de l'adjudicataire.

1° *A l'égard de l'acquéreur.*

Le contrat étant résolu, et pour le moment nous nous en tiendrons au contrat de vente, le vendeur ne peut plus s'en prévaloir contre l'acheteur, et celui-ci est en conséquence déchargé de l'obligation de payer son prix. D'ailleurs, il y a véritablement éviction, et l'on sait qu'aux termes de l'art. 1653, l'acheteur qui est troublé ou qui même a seulement un juste sujet de craindre d'être troublé par une action hypothécaire, est en droit de refuser de payer à son vendeur un prix qui pourrait être dissipé, quand il viendrait le répéter. Mais nous nous réservons d'étudier spécialement les droits de l'acheteur à la suite de l'éviction, lorsque nous aurons à examiner les effets de l'adjudication à l'égard du vendeur.

Par suite de la résolution du contrat, l'acquéreur est censé, par rapport aux créanciers inscrits, n'avoir

[1] Dans le même sens : Bordeaux, 21 juillet 1830.

jamais été propriétaire ; en conséquence, tous les droits réels qu'il a pu consentir à des tiers sur l'immeuble, tels que des servitudes ou des hypothèques, sont déclarés nuls.

Mais il n'en est pas moins vrai que l'acquéreur a eu, au moins pendant quelque temps, la jouissance de la chose, qu'il a, par exemple, perçu les fruits de l'immeuble, qu'il lui a, par sa faute, causé des dégradations, ou, au contraire, qu'il l'a amélioré par des dépenses qu'il a faites lui-même ; et l'on peut se demander si, dans ce dernier cas, il aura droit, malgré la résolution du contrat, à un dédommagement, et si dans les autres, il peut être obligé à une restitution et à des dommages-intérêts. Il y a là autant de questions des plus controversées, et sur lesquelles nous ne pouvons nous dispenser de nous arrêter un moment.

Et d'abord quant aux fruits civils ou naturels que le tiers acquéreur a perçus pendant sa jouissance intermédiaire, sera-t-il tenu de les rendre, et dans tous les cas de payer les intérêts de son prix que la loi met à la charge de l'acquéreur en dehors de toute convention spéciale, comme la représentation de la jouissance qu'il a eue de la chose ? Il nous paraît hors de doute que, comme tout détenteur, l'acquéreur qui a perçu les fruits, est tenu d'en rendre compte ; mais en revanche nous ne croyons pas qu'on puisse raisonnablement l'obliger à payer les intérêts d'un prix qui n'est plus à sa charge, en un mot, à se conformer à un contrat dont il perd le bénéfice. Cette solution est

du reste conforme à un arrêt de la Cour de cassation (10 avril 1848), qui déclare pleinement applicable en notre matière l'effet de la condition résolutoire telle qu'elle est définie par l'article 1183 C. civ., aux termes duquel il est dit que le créancier qui subira une condition résolutoire, sera seulement tenu de restituer ce qu'il aura reçu.

Mais cette opinion n'a pas toujours été celle de la jurisprudence, pas plus qu'elle n'est celle de tous les auteurs. Nous mentionnerons seulement un arrêt de la Cour de Riom du 19 janvier 1820, qui croit devoir décider que, dans tous les cas, les intérêts doivent être payés, qu'au reste ils peuvent être mis soit à la charge de l'acquéreur, soit à la charge de l'adjudicataire. Et comme auteurs ayant émis une opinion dans le même sens, nous citerons Duvergier, qui, tout en admettant en principe, que, lorsqu'une vente est résolue, le vendeur ne saurait demander à être payé des intérêts du prix, en offrant d'abandonner à l'acheteur les fruits que celui-ci a perçus, parce que cette combinaison serait d'après ses expressions mêmes, presque toujours défavorable à l'acheteur, se refuse à appliquer cette règle générale à notre cas, alors que le Code montre là, plus que partout ailleurs, la volonté que l'acheteur ne souffre pas du contrat. Et quels sont les arguments que Duvergier invoque en faveur de son système? Il prétend que le principe de la rétroactivité, donné à toute résolution, ne doit pas s'appliquer ici, puisque dit-il, le tiers acquéreur demeure légitime proprié-

taire, jusqu'à ce que l'adjudication soit prononcée. Mais Duvergier ne prend pas garde qu'il veut résoudre la question par la question même; il est bien certain, et nous l'avons admis, que tout contrat, même sous condition résolutoire, rend immédiatement l'acquéreur propriétaire, jusqu'à ce que son titre vienne à tomber par suite de l'arrivée de la condition, et à tomber rétroactivement. Ce système ne nous paraît donc pas admissible.

Nous nous en tiendrons à notre première solution que nous appliquerons, même au cas où il y aurait eu dans la vente une stipulation expresse, pour rendre le prix productif d'intérêts du jour du contrat. On ne saurait, en effet, se prévaloir de cette stipulation, alors que le contrat est anéanti, et que l'acquéreur est délié de toutes les obligations auxquelles il le soumettait. Dans tous les cas, si l'on admettait, comme cela a été jugé [1], que l'acquéreur devrait être tenu, en vertu d'une stipulation, de payer les intérêts du prix, ou bien de rendre les fruits, ces intérêts ne pourraient être raisonnablement exigés que si l'acquéreur avait eu réellement la jouissance de l'immeuble.

Mais à qui devront être restitués les fruits perçus par l'acquéreur dépossédé? Nous ne croyons pas possible d'admettre que c'est le second adjudicataire qui doive en profiter; en effet, il n'acquiert réellement la propriété de l'immeuble que du jour de l'adjudication prononcée à son profit, et par conséquent il ne saurait se prévaloir, pour se faire attribuer ces fruits, d'un

[1] Montpellier, 31 juillet 1827.

titre qui n'existait pas encore, lors de leur perception. Nous admettons donc avec la jurisprudence et l'avis à peu près constant des auteurs, que c'est aux créanciers inscrits que devront être attribués les fruits, dont le montant sera réparti entre eux, en même temps que le capital, suivant l'ordre de collocation ultérieurement fixé. Toutefois si nous appliquons encore ici les prescriptions de la loi en matière de délaissement, nous serons forcés de faire une distinction au point de vue de la répartition des fruits, d'après l'époque de leur perception. Aux termes de l'art. 2176 C. civ., le tiers détenteur n'est tenu de rendre les fruits qu'à compter du jour de la sommation de payer ou de délaisser; il est pourtant bien certain que l'adjudication qui a lieu à la suite du délaissement, résout tout aussi rétroactivement le titre du tiers acquéreur que l'adjudication sur surenchère.

Or puisqu'il y a similitude dans ces deux situations, comme nous l'avons déjà montré, pourquoi le tiers acquéreur serait-il traité moins favorablement, alors qu'il a rempli les formalités nécessaires pour arriver à la purge, que lorsqu'il s'est laissé faire une sommation d'avoir à délaisser l'immeuble? La loi, il est vrai, n'a point fixé le moment à partir duquel, dans notre hypothèse, l'acquéreur dût être tenu de restituer les fruits, mais nous croyons qu'on peut admettre, sans trop s'éloigner de l'esprit de la loi, que l'acquéreur ne sera obligé de rendre compte que des fruits perçus depuis la notification de surenchère, cette notification étant véritablement comme la sommation prévue par l'art. 2176, le premier acte qui

l'avertisse, en quelque sorte officiellement, de la possibilité d'une éviction. Quant aux fruits que l'acquéreur aura perçus avant cette époque, comme nous avons déclaré qu'il n'était pas tenu de payer les intérêts du prix, nous ne saurions les lui abandonner définitivement, sans violer le principe qu'on ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, et il s'enrichirait véritablement dans ce cas aux dépens du vendeur; mais nous lui accorderons, à tout le moins, le droit de les imputer sur les dommages-intérêts qu'il pourra avoir à demander à ce dernier, par suite de l'éviction, ce qui lui servira toujours de garantie.

Outre l'obligation de restituer les fruits, l'acquéreur peut encore être soumis à celle de payer des dommages-intérêts, tantôt aux créanciers, tantôt à l'adjudicataire, pour les détériorations apportées à la chose. Lorsque ces détériorations ont pour effet de faire réduire la surenchère ou même d'empêcher la mise à prix de s'élever, c'est aux créanciers que sont dus les dommages-intérêts; si les détériorations sont postérieures à l'adjudication, c'est évidemment l'adjudicataire qui est en droit d'exiger la réparation du dommage causé, puisque c'est envers lui qu'existe désormais l'obligation de rendre la chose. Il semble pourtant que, pour les détériorations antérieures à l'adjudication, l'acquéreur dépossédé pourrait valablement prétendre que du moment que la chose lui appartenait, il pouvait la traiter comme il voulait et dire : *Rem quasi meam neglexi;* mais il n'en est pas moins certain qu'il connaissait les hypothèques qui frappaient son immeuble, et qu'il prévoyait d'autant plus

la possibilité d'être dépossédé, qu'il remplissait les formalités à fin de purge, et il est évident surtout qu'une fois la surenchère formée, sa négligence devait être considérée comme un véritable dol.

Après avoir examiné les obligations qui résultent pour l'acquéreur de la résolution de son contrat, il faut étudier les droits plus nombreux que lui confère cette même résolution. Ces droits découlent tous d'un principe unique établi par le Code et qui ne saurait être plus équitable, c'est que l'acquéreur doit être rendu indemne. Il est juste, en effet, que s'il ne retire aucun bénéfice d'un contrat que l'adjudication vient anéantir, il n'en souffre non plus aucun préjudice.

Ainsi la loi, dans l'art. 2188, C. civ., oblige l'adjudicataire à restituer à l'acquéreur dépossédé les frais et loyaux coûts de son contrat, ceux de la transcription sur les registres du conservateur, ceux de notification et tous ceux qu'il a pu faire pour arriver à l'adjudication. Ce n'est pas du reste l'adjudicataire qui en fait supportera ces impenses qui seront en définitive à la charge des créanciers, car bien qu'aux termes de la loi l'adjudicataire doive les payer en sus de son prix, il est certain qu'il en aura tenu compte pour faire son enchère.

Mais l'art. 2188 ne parle pas des impenses qui ont pu augmenter la valeur de l'immeuble ; cette question, malgré le silence de la loi, ne semble pas devoir être résolue dans un autre sens que les hypothèses qu'elle a prévues. Au reste, après que nous avons admis que l'acquéreur était responsable des détériorations survenues sur le fonds, il est difficile de ne pas lui accor-

der comme corrélatif le droit de se faire rembourser les impenses qu'il a faites pour améliorer l'immeuble. Nous ne ferons d'ailleurs qu'appliquer à une hypothèse particulière un principe général posé par l'art. 1634 C. civ. qui porte que « le vendeur est « tenu de rembourser ou de faire rembourser à l'ac« quéreur par celui qui l'évince, toutes les réparations « et améliorations utiles qu'il a faites au fonds. » C'est du reste l'opinion de la plupart des auteurs.

Mais c'est sur la question de savoir comment l'acquéreur pourra réclamer ces indemnités qu'il y a divergence entre les auteurs et que la jurisprudence se partage. D'après un premier système enseigné par Carré, Troplong, Grenier et Petit, appliqué plusieurs fois par la Cour de Paris[1], c'est l'adjudicataire qui est tenu de payer, en dehors même de toute stipulation spéciale, les indemnités dues à l'acquéreur pour la plus-value que celui-ci a donnée à la chose. En effet, dit-on, argumentant de l'art. 2188 C. civ. par analogie, du moment que l'adjudicataire doit profiter de la plus-value, et il en profite seul, puisque c'est l'immeuble tel qu'il existait entre les mains du premier vendeur au moment de la vente, que l'adjudication lui a transmis, il est juste qu'il ait seul la charge de payer la plus-value. Quant à nous, ce système nous paraît trop absolu, l'adjudicataire ayant dû en principe faire entrer la plus-value en ligne de compte dans son enchère.

Dans un autre système, au contraire, on distingue. Ou bien dans le cahier des charges la plus-value a

[1] 10 mars 1808; — 7 et 11 juin 1834.

été prévue et mise par une clause spéciale comme charge en sus du prix, et alors l'adjudicataire est tenu de la payer; ou bien il n'a rien été dit relativement à la plus-value, et dans ce cas il faut examiner qui reste adjudicataire. Si c'est le surenchérisseur dont la surenchère n'a pas été couverte, il sera tenu de payer la plus-value en sus de son prix, en vertu du principe qu'on ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. En effet il n'a pas tenu compte de la plus-value dans la soumission de surenchère, puisqu'il n'a surenchéri que le prix de l'immeuble tel qu'il existait au jour du premier contrat. Si au contraire, à la suite d'enchères mises le prix de l'immeuble s'est élevé, alors l'adjudicataire quel qu'il soit, n'aura rien à payer à l'acquéreur en dehors de son prix, car il a, quant à lui, fait porter son enchère sur l'immeuble tel qu'il existait au jour de l'adjudication. Il faut admettre au moins que l'acquéreur pourra prétendre droit sur le prix d'adjudication, mais seulement sur ce qui excéderait le montant de la soumission de surenchère. En effet, comme cela a été dit plus haut, la soumission de surenchère n'a eu pour base que le prix de l'immeuble tel qu'il existait originairement et qui est acquis aux créanciers. La plus-value se trouverait donc déterminée au *maximum* par la différence entre le montant de la surenchère et le prix définitif d'adjudication. Ce système, qui est celui de MM. Aubry et Reau, nous semble plus vrai et plus conforme à la loi, l'analogie étant frappante entre ce dernier cas et celui prévu par l'art. 2175 C. civ.

Mais quelle garantie faut-il donner à l'acquéreur

pour lui assurer le remboursement de ses impenses, dans les conditions que nous venons de préciser? Et d'abord, toutes les fois que l'adjudicataire sera tenu, d'après ce que nous avons dit, de payer les impenses en sus de son prix, nous lui accorderons le droit de retenir la chose jusqu'à ce qu'il ait été indemnisé de la valeur des améliorations par lui faites, ou le droit de rétention. Et ce droit nous croyons devoir l'appliquer même dans le dernier cas que nous avons examiné. La Cour d'Orléans (arrêt du 19 juillet 1843) accorde à l'acquéreur un privilège pour se faire payer sur le prix d'adjudication; mais cette décision est inadmissible, car il n'y a de privilèges que ceux créés par la loi. D'autres auteurs permettent simplement à l'acquéreur de venir à l'ordre sur le prix, pour le montant de la plus-value, en vertu d'une action de *in rem verso*. Ce droit nous semble insuffisant. Le droit de rétention, au contraire, assurera pleinement à l'acquéreur le paiement des améliorations d'après le taux qui en aura été fixé par le jugement d'adjudication.

Rien ne s'oppose, du reste, à ce qu'on admette ce droit de rétention qui ne saurait être considéré comme une cause de préférence; il conduit sans doute au même but, mais il ne saurait exister sans la possession de la chose, c'est en quelque sorte un droit passif qui est plutôt une application du droit naturel qu'une création du droit civil. C'est donc à tort qu'on nous objecterait que nous créons un privilège au profit du tiers acquéreur, après avoir critiqué le système de la Cour d'Orléans pour ce motif; car il n'est pas besoin pour ainsi dire d'un texte pour lui donner l'existence;

la loi, quand elle en parle, ne fait que le constater. Au surplus, il est certain qu'on accorde généralement le droit rétention à l'acquéreur, pour tout ce que l'adjudicataire est obligé de lui rendre, aux termes de l'art. 2188; or, si on ne lui reconnaît pas ce même droit dans tous les cas, pour les impenses, on serait nécessairement amené *à fortiori* à le lui donner pour celles qu'une clause du cahier des charges aurait spécialement mises à son compte.

Nous avons dit plus haut, à propos de l'art. 837 C. pr., que l'acte d'aliénation devait tenir lieu de minute d'enchères, comme l'exige formellement cet article, et que le créancier poursuivant ne pouvait rédiger un cahier des charges qui augmentât les obligations de l'acquéreur primitif. Pourtant il paraît difficile de ne pas admettre qu'on puisse augmenter les devoirs du précédent acquéreur, et imposer, par exemple, au futur adjudicataire, l'obligation d'indemniser l'acquéreur dépossédé, de ses impenses nécessaires ou utiles. En effet, on n'augmente pas les charges primitives, puisque l'obligation de payer la plus-value porte sur une chose qui n'existait pas lors du premier contrat. Le surenchérisseur, il est vrai, qui par suite de cette clause serait plus que jamais exposé à devenir adjudicataire, serait en droit de se plaindre qu'on convînt, malgré lui, qu'il serait tenu de payer, en sus du prix et sans recours, les indemnités dues à l'acquéreur dépossédé, et il est probable que s'il avait connu ces charges il aurait fait des offres moindres. Mais de deux choses l'une : ou bien il s'opposera à l'insertion d'une pareille clause, et alors

les créanciers pourront vaincre sa résistance en lui permettant de réduire ses offres, à la condition toutefois qu'elles restent dans les limites du dixième en sus du prix notifié, ou ils n'auront qu'à le décharger de sa surenchère, en mettant à sa place l'un d'entre eux qui accepterait les nouvelles conditions; ou bien au contraire le surenchérisseur n'élèvera aucune protestation, et dans ce cas, personne, croyons-nous, ne pourra se plaindre que l'adjudication n'ait pas eu pour base le contrat primitif tel qu'il avait été passé.

Il nous resterait pour terminer ce que nous avions à dire sur les droits de l'acquéreur dépossédé, à examiner le recours qu'il peut avoir contre son vendeur; mais comme nous l'avons déjà dit, cette question doit être traitée dans le paragraphe suivant. Auparavant nous avons à étudier le point important de savoir à qui doit être attribué l'excédant du prix obtenu par l'adjudication, lorsque ce prix est plus que suffisant pour désintéresser les créanciers inscrits.

Pour arriver à donner à cette question sa véritable solution, nous devons nous rappeler que c'est uniquement en faveur des créanciers inscrits sur l'immeuble, qu'a été introduite la surenchère sur aliénation volontaire. Ce principe étant admis, nous pouvons en tirer cette conséquence que, si par suite de la surenchère formée, le contrat primitif doit être résolu, lorsqu'il cause aux créanciers un préjudice, rien ne s'oppose à ce qu'il soit maintenu, quant aux effets qui ne peuvent leur nuire. Et nous invoquons encore une fois ici un argument par analogie tiré de l'art. 2177 C. civ. relatif au délaissement. La loi dans cet article appelle,

après le complet désintéressement des créanciers inscrits des précédents propriétaires, les créanciers auxquels l'acquéreur a consenti des hypothèques avant de délaisser, ce qui prouve qu'elle considère comme étant de toute équité d'attribuer l'excédant du prix à l'acquéreur et à ses ayant-cause. Pourquoi ne pas admettre la même solution en cas de surenchère? L'acquéreur est devenu par son contrat propriétaire de la chose, il a donc acquis un droit à la valeur de cette chose; il peut vendre lui-même l'immeuble pour payer les créanciers inscrits, et alors il est incontestable qu'il bénéficiera de l'excédant. Or ici il ne vend pas, il est vrai, mais il offre un prix : ce prix est jugé par les créanciers trop inférieur à la valeur de l'immeuble et c'est pour cela qu'ils le portent ou le font porter à un taux plus élevé, en le faisant vendre aux enchères. Mais une fois qu'ils sont désintéressés, il leur importe peu de savoir ce que devient le contrat et ce qui reste du prix, et nous ne voyons pas à quel autre qu'au premier acquéreur, cet excédant pourrait être légitimement attribué. Ce ne peut être dans tous les cas le vendeur qui soit en droit de venir le réclamer, puisqu'il est tenu de garantir à l'acquéreur les bénéfices que le contrat devait lui procurer et que l'action des créanciers hypothécaires est venue lui enlever.

Mais une question qui peut paraître plus sérieuse est celle de savoir si la somme qui reste après le règlement de l'ordre entre les créanciers inscrits ne doit pas, avant de retourner à l'acquéreur, se répartir au marc le franc entre les créanciers chirographaires du vendeur. L'édit de 1771 l'admettait nécessairement,

puisqu'il accordait, aussi bien aux créanciers chirographaires qu'aux créanciers hypothécaires, le droit de former une surenchère, et il est naturel de conclure de ce qu'ils avaient l'exercice de ce droit, qu'ils pouvaient se prévaloir de ses résultats. Du reste, ils étaient en fait, la plupart du temps, primés dans l'ordre par l'acheteur qui pouvait faire valoir sa créance en dommages-intérêts contre le vendeur pour la plus-value de l'immeuble, créance garantie par l'hypothèque que conférait alors, en vertu de la loi, tout contrat notarié.

Il est certain qu'aujourd'hui un contrat passé devant notaires ne saurait donner droit à une hypothèque. Mais ce n'est pas une raison pour refuser à l'acquéreur dépossédé l'excédant du prix. C'est pourtant ce qui a été jugé par la Cour de cassation [1] et la Cour de Bordeaux [2], lesquelles se fondant sur ce que la loi ne reconnaît pas une position mixte entre le créancier privilégié ou hypothécaire et le créancier chirographaire, en concluent que, ne pouvant invoquer ni un privilège ni une hypothèque, l'acquéreur ne pourra venir qu'en concours avec les autres créanciers chirographaires du vendeur. Quant à nous, conformément à ce que nous avons admis précédemment, à savoir que le titre de l'acquéreur devait tenir tant que les intérêts des créanciers hypothécaires n'étaient pas en jeu, nous devons admettre que c'est comme propriétaire qu'il pourra venir réclamer l'excédant du prix

[1] 28 mars 1843.
[2] 27 février 1829.

de sa chose. Et en cela nous ne faisons qu'adopter une solution donnée dans deux arrêts par la Cour de Colmar [1], qui a posé ce principe que, « le tiers détenteur qui est évincé par une action hypothécaire, n'est pas frustré par là de ses droits de propriété » ; d'où elle conclut qu'on ne saurait, sans violer les règles de l'équité, lui enlever le prix provenant de la vente d'un immeuble lui appartenant, pour le distribuer à des créanciers qui n'ont aucun droit sur cet immeuble.

2° *A l'égard du précédent propriétaire.*

Le droit de surenchère, comme nous croyons l'avoir suffisamment établi, n'a pas été introduit dans l'intérêt du précédent propriétaire, vendeur ou donateur, qui ne saurait, en aucune façon profiter, même indirectement, des avantages qui pourraient résulter de la substitution d'un nouveau contrat à l'ancien. C'est pour ce motif que nous avons refusé, tant au vendeur qu'à ses créanciers chirographaires, le droit d'exiger l'excédant du prix.

Le premier contrat seul doit faire loi entre l'acquéreur et son auteur, et doit recevoir sa complète exécution, avec cette restriction toutefois, que le vendeur ne peut obliger son acheteur à lui payer le prix stipulé que celui-ci est en droit de lui refuser, comme étant sous le coup d'une éviction.

Mais une question qui demande à être étudiée, parce qu'elle a soulevé bien des dissidences entre les

[1] 7 mai 1821 ; — 22 novembre 1831.

auteurs, est celle de savoir si l'acquéreur peut recourir en garantie contre son auteur, pour le dommage causé par l'exercice de la surenchère. Ainsi, par exemple, l'acquéreur a perdu la valeur de l'immeuble qui a pu augmenter entre ses mains, soit par le pur effet du hasard, soit par suite des améliorations qu'il y aura apportées lui-même et qui ne lui auront peut-être pas été remboursées; il a perdu également les fruits qu'il a été obligé de restituer; enfin, il a peut-être été obligé de payer des indemnités pour les dégradations qu'il a faites au fonds, ou encore pour les droits réels qu'il a pu conférer à des tiers et qui tombent avec les siens. Il y a là autant de préjudices qui demandent une réparation. Du reste, et pour ne parler que du cas d'aliénation à titre onéreux, on peut dire que la doctrine et la jurisprudence [1] admettent à peu près universellement aujourd'hui que l'acquéreur a contre son vendeur une action en garantie pour se faire indemniser de toutes ses pertes, et non-seulement comme l'avait jugé la Cour de Paris dans un arrêt du 25 prairial an XIII, pour se faire rendre ses déboursés. Le vendeur ne peut prétendre que la surenchère est une voie de droit à laquelle l'acheteur devait s'attendre, et qu'il l'avait même provoquée par ses notifications; car la dépossession tient avant tout à la faute du vendeur, elle a une cause antérieure au contrat, et, à moins qu'une convention spéciale ne fût intervenue, l'acquéreur

[1] Troplong. — Grenier. — Tarrible. — Pigeau. — Cass., 11 mai 1808; Bordeaux, 27 fév. 1829; Toulouse, 27 août 1834; Paris, 28 déc. 1843.

devait compter que son vendeur empêcherait l'éviction de se produire, en désintéressant les créanciers inscrits. C'est pour cela que le Code, reproduisant la doctrine de Pothier, donne dans l'art. 2178, au tiers détenteur qui paie la dette hypothécaire, qui délaisse l'immeuble ou se laisse exproprier, la faculté d'un recours en garantie *tel que de droit* contre le débiteur principal. Or, comme nous l'avons déjà dit, nous ne comprendrions pas pourquoi la loi traiterait moins favorablement celui qui ne fait, en remplissant les formalités de la purge, qu'employer un moyen qu'elle lui octroie. Du reste, quel peut être le but du législateur, en obligeant, dans l'art. 2485, le surenchérisseur à notifier son acte de surenchère au vendeur, sinon de le mettre à même de faire cesser le danger d'éviction, et de se soustraire au recours qui le menace, en désintéressant les créanciers inscrits? Par suite de cette notification, le vendeur n'aura même plus le droit d'invoquer la fin de non-recevoir, que certains auteurs lui accordaient, dans le cas où l'acquéreur ne lui aurait pas fait connaître l'éviction dont il était menacé.

Lorsque le contrat résolu par l'adjudication sur surenchère, est un contrat à titre gratuit, par exemple une donation, il ne peut être question d'un recours en garantie de la part du donataire contre le donateur, à moins que cette garantie n'ait été expressément stipulée. Le seul caractère de la donation s'oppose à l'idée de recours. On ne comprendrait pas en effet, comment un donataire pourrait venir réclamer à son bienfaiteur, non pas la réparation d'un préjudice, car

il n'en existe pas, mais une indemnité pour la perte d'un gain, en lui imposant peut-être une privation très lourde.

Pourtant, si toutes les dettes pour lesquelles l'immeuble était hypothéqué provenaient du chef du donateur, le donataire en les acquittant, ou ce qui est la même chose, en laissant vendre l'immeuble qui lui appartient pour désintéresser les créanciers de son auteur, a réellement fait l'affaire de ce dernier, et dès lors, il devrait pouvoir agir contre lui au moyen de l'action de gestion d'affaires, pour se faire rembourser le prix d'adjudication, moins la somme, bien entendu, qui aurait pu lui rester après le paiement des dettes hypothécaires. Cette opinion, du reste, qui est celle de l'ancien droit, présentée de nos jours par Troplong, est non-seulement des plus équitables, mais encore des plus conformes aux règles actuellement en vigueur en matière de donation; et nous croyons que si l'on refusait au donataire le droit d'agir contre son donateur pour ce qu'il a dépensé à payer les dettes de ce dernier, on en arriverait à violer le principe de l'irrévocabilité des donations, car il dépendrait de la seule volonté du donateur de priver le donataire de la chose; il n'aurait qu'à ne pas payer ses créanciers hypothécaires, et il reprendrait ainsi, d'une manière indirecte, la libéralité qu'il aurait faite.

3° *A l'égard de l'adjudicataire.*

L'art. 838 C. pr. porte que les effets de l'adjudication, après surenchère sur aliénation volontaire,

seront réglés par les prescriptions de l'art. 717 du même Code, relatif à la matière de la saisie immobilière.

Or, aux termes du paragraphe premier de cet article, il est dit que l'adjudication ne transmet à l'adjudicataire, d'autres droits à la propriété, que ceux qui appartenaient au saisi; de sorte que, si l'immeuble vendu n'appartenait pas à celui qui est l'objet d'une saisie, l'adjudicataire n'acquerrait pas la propriété de l'immeuble et pourrait être évincé par le véritable propriétaire. Il n'y a, pour bien comprendre une pareille décision, qu'à examiner les conditions dans lesquelles a lieu la vente après saisie. Les créanciers saisissants vendent, comme mandataires légaux du saisi, en vertu du principe que les biens d'un débiteur sont le gage de ses créanciers; or si ce gage ou plutôt la chose vendue n'appartient pas au débiteur, ils ne peuvent évidemment en transférer la propriété. Mais tout autre est le droit d'un créancier hypothécaire qui procède à la vente d'un immeuble sur lequel porte son hypothèque, que ce soit à la suite d'un délaissement, d'une expropriation ou d'une notification afin de purge faite par le tiers détenteur; ce n'est plus, en effet, comme mandataire de son débiteur qu'il agit, mais bien en vertu d'un droit qui lui est propre, qui suit la chose en quelques mains qu'elle passe, et lui permet de la vendre sans s'inquiéter de savoir si le détenteur actuel a reçu ou non l'immeuble du vrai propriétaire. Comment, en effet, le vrai propriétaire pourrait-il évincer l'adjudicataire qui a obtenu la chose par suite de l'exercice d'un droit que lui-même avait conféré?

Ainsi, l'adjudicataire acquiert nécessairement et immédiatement la propriété de l'immeuble, et une propriété incommutable. L'immeuble est purgé de toutes les hypothèques inscrites lorsque le prix a été payé après le règlement de l'ordre, conformément aux bordereaux de collocation, et l'adjudicataire n'a plus à redouter aucune surenchère. L'art. 838 déclare formellement que l'adjudication sur aliénation volontaire ne pourra être frappée d'aucune autre surenchère. Nous ne nous arrêterons pas à l'étude de ce principe au sujet duquel nous avons déjà fourni quelques développements. L'adjudicataire n'aura plus à craindre non plus l'exercice d'un droit de résolution qu'un précédent vendeur aurait pu avoir sur l'immeuble, car ce droit est éteint, du moment où l'adjudication a été prononcée sans que le vendeur ait pris soin de se conformer à la notification qui lui a été faite de former son action et de la faire juger auparavant.

L'étranger devenu adjudicataire à la suite de la surenchère n'est-il pas obligé de transcrire son titre? La loi l'exige en matière d'expropriation forcée, et depuis la loi de 1855 qui pose en principe que toute mutation de propriété entre vifs et spécialement tout jugement d'adjudication, lorsqu'il est translatif de propriété, doivent être transcrits, il ne saurait y avoir de doute sur la question. Quant au droit de mutation, il est certain qu'il devra être payé par l'adjudicataire; mais, comme en somme il n'y a qu'une seule mutation, la première aliénation devant être considérée comme n'ayant jamais eu lieu, et que l'adjudicataire est obligé de rembourser à l'acquéreur

dépossédé celui qu'il aura dû payer lors du premier contrat, ce droit s'imputera sur la somme à payer définitivement par l'adjudicataire. Autrement il y aurait deux droits perçus pour une seule mutation, ce qui serait contraire à l'équité et même aux règles de l'enregistrement [1].

Tels sont les effets généraux de l'adjudication. Il nous faut examiner maintenant certains effets particuliers provenant de ce que l'adjudication résout un premier contrat.

Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit de l'art. 2188 C. civ., qui impose à l'adjudicataire l'obligation d'indemniser l'acquéreur qu'il dépossède, de tous les déboursés qu'il a pu faire, tant pour les frais et loyaux coûts du premier contrat que pour ceux de transcription, de notification, et d'une manière générale pour arriver à l'adjudication. Nous ne reparlerons pas davantage des impenses faites par l'acquéreur pour améliorer la chose, et que l'adjudicataire peut être tenu de payer dans certains cas.

Mais il y a certaines questions assez délicates qui peuvent se soulever à l'occasion du premier contrat et qu'il n'est pas inutile d'expliquer en quelques mots.

Pendant sa jouissance l'acquéreur a pu consentir sur l'immeuble, au profit de tiers, des droits réels, tels que des servitudes ; nul doute que ces droits réels ne doivent être anéantis ; car, si le titre de l'acquéreur primitif doit être résolu, c'est avant tout dans tous les effets qui peuvent nuire aux créanciers inscrits. Or,

[1] Demante, exposit. raison. Des principes de l'enreg.

ces droits réels, s'ils avaient dû être maintenus, n'auraient pas manqué d'être un obstacle à la réception des enchères. Ils doivent donc nécessairement suivre la destinée du contrat lui-même, en vertu du principe : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

Mais faut-il donner la même solution au sujet des baux que l'acquéreur a pu passer pendant qu'il détenait l'immeuble; c'est-à-dire, faut-il déclarer que l'adjudicataire ne sera pas tenu de s'y conformer ou, au contraire, dire qu'ils devront être maintenus ?

Il est certain que si l'on se reporte à la disposition de l'art. 837 C. civ. qui veut que le premier acte d'acquisition serve de minute d'enchères, on est forcé d'admettre qu'on ne saurait donner à l'adjudicataire une position autre que celle du premier acquéreur, ce qui arriverait pourtant si on lui imposait des baux qui peuvent être onéreux. Au surplus, non-seulement le maintien des baux causerait souvent en fait aux créanciers un grave préjudice; mais il pourrait même être un moyen pour l'acquéreur, de se mettre à l'abri d'une surenchère dont il est menacé, en lui permettant d'effrayer le surenchérisseur par la perspective d'un bail long et onéreux, que celui-ci devrait respecter, au cas assez probable où ses offres ne seraient pas couvertes par les enchérisseurs qui auraient le même sujet de crainte. Pourtant, il est bien difficile de ne pas reconnaître à un acquéreur, qui a eu en fait la propriété de l'immeuble, les droits que la loi accorde à un simple administrateur des biens d'autrui. Aussi, nous croyons que du moment où il sera établi que les

baux n'auront pas été passés pour nuire aux créanciers, ni pour empêcher l'éviction de se produire, il faudra les maintenir dans la limite des actes d'administration, conformément aux art. 1429 et 1430 C. civ., auxquels renvoie l'article 1718 du même Code. Toutefois, ces baux ne pourront être maintenus contre l'adjudicataire, qu'à la condition qu'ils auront date certaine avant la transmission de propriété, comme l'exige l'art. 1743.

Que faut-il décider dans le cas où le premier contrat accordait à l'acquéreur un certain delai pour le paiement, un an, par exemple, et sans l'obliger à payer les intérêts jusqu'à ce jour? L'adjudicataire pourra-t-il se prévaloir de ce droit, sous le prétexte que le premier contrat doit servir de bases aux enchères? Il faut supposer, bien entendu, pour répondre à cette question que le cahier des charges n'a rien fixé à cet égard.

Et d'abord, si l'on remarque bien que c'est aux créanciers inscrits que doit être payé le prix de l'adjudication, et que c'est également à eux que doivent profiter les intérêts de ce prix, s'ils sont exigibles conformément à la loi, en augmentant la somme à distribuer dans l'ordre, on comprendra difficilement comment l'adjudicataire pourrait invoquer les termes d'un contrat résolu pour tout ce qui préjudicie aux créanciers, et alors surtout qu'ils ont protesté par la surenchère contre ce contrat comme portant atteinte à leurs droits. Au surplus l'acquéreur lui-même ayant dû renoncer, dans sa notification à fin de purge, aux bénéfices de son contrat, puisque la loi l'oblige à

déclarer qu'il est prêt à payer immédiatement son prix entre les mains des créanciers inscrits, l'adjudicataire ne saurait réclamer pour lui un délai qui ne pourrait même plus profiter à l'acquéreur. Ainsi, la conclusion à tirer de tout ceci c'est que l'adjudicataire sera tenu de payer les intérêts de son prix du jour même de l'adjudication, mais qu'en revanche, il aura droit à la jouissance de l'immeuble à partir de cette même époque, et que si, par exemple, l'acquéreur avait perçu par anticipation les fruits ou loyers de l'immeuble, il serait tenu d'en rendre compte à l'adjudicataire [1].

Lorsqu'au contraire l'acquéreur est obligé par son contrat même, de payer les intérêts de son prix, à partir du jour du contrat, par exemple, il paraît inadmissible de réclamer à l'adjudicataire les intérêts à partir de ce moment, car ils ne sont dus que comme équivalent de la jouissance. Or, pour l'adjudicataire, la jouissance n'a commencé qu'à l'adjudication, par conséquent, un certain temps après le premier contrat. Cette considération a du reste servi de base à un arrêt de la Cour de cassation et à un arrêt de la Cour de Paris [2], qui déclarent tous deux qu'on ne saurait faire produire au prix de l'adjudication sur surenchère, des intérêts avant qu'il existât, résultat auquel aboutirait la solution contraire.

Cette doctrine a pourtant été admise par la Cour de Paris dans un arrêt plus récent, qui oblige l'adjudi-

[1] En ce sens : Cass. 23 décembre 1806. — Paris, 11 janvier 1816. — Douai, 29 avril 1846.

[2] Cass., 14 août 1833. — Paris, 15 juillet 1837.

cataire à payer les intérêts de son prix à compter du jour où le contrat les rendait exigibles, sauf son recours contre le premier acquéreur pour se faire rendre compte au moins des fruits qu'il a perçus.

Après ce que nous venons de dire, nous n'avons pas à critiquer cet arrêt qui nous paraît contraire à tous les principes.

§ 2. — L'adjudication est prononcée au profit du premier acquéreur

Sous l'empire de l'ancien droit, l'acquéreur primitif pouvait conserver la propriété de l'immeuble en *parfournissant* le supplément du prix ; aujourd'hui la loi ne lui reconnaît plus ce droit, mais elle lui permet seulement, comme à toute personne, de se porter enchérisseur, moyen par lequel il arrivera, du reste, au même but, s'il forme la dernière enchère. On peut dire en effet que, dans le cas où il demeurera adjudicataire, il ne fera que conserver son immeuble par suite de la défaillance de la condition résolutoire à laquelle était subordonnée son acquisition. Ainsi l'adjudication faite au profit du premier acquéreur n'a d'autre effet que de confirmer son titre, en fixant toutefois la véritable valeur de l'immeuble.

Et qu'on ne dise pas qu'il y a un prix nouveau, et que dès lors, un des éléments essentiels de la vente étant changé, la vente ne reste pas la même. En effet, comme nous croyons l'avoir suffisamment établi, l'augmentation du prix n'est faite que dans l'intérêt des

créanciers inscrits seuls admis à trouver insuffisante la somme offerte ; ce n'est donc réellement qu'à leur égard qu'il existe un prix nouveau. La preuve que l'intention du législateur était bien d'admettre la doctrine que nous reproduisons, c'est que dans l'art. 2189 C. civ., il déclare que « l'acquéreur ou le donataire qui *conserve* l'immeuble mis aux enchères, en se rendant dernier enchérisseur, n'est pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication. » Bien que cette disposition n'ait pas sa raison d'être sous l'empire du Code, qui n'oblige en aucun cas l'adjudicataire à transcrire son titre, elle établit manifestement que l'adjudication n'est pas un titre nouveau, mais seulement la confirmation de l'ancien titre, vente ou donation, que l'acquéreur a dû transcrire pour parvenir à la purge. Mais on peut se demander si aujourd'hui depuis la loi de 1855 sur la transcription, il faut appliquer à la lettre l'art. 2189. Certains auteurs, tout en reconnaissant que l'adjudication prononcée au profit de l'acquéreur, ne fait que confirmer son titre primitif, croient qu'en présence des termes formels de la loi de 1855 qui ne dispensent des formalités de la transcription, parmi les jugements d'adjudication, que ceux rendus sur licitation au profit d'un cohéritier ou d'un copartageant, il n'est pas possible d'étendre cette exception à notre cas, sans se mettre en contradiction flagrante avec la loi.

Mais ici encore comme dans beaucoup d'autres cas, nous croyons, et cela avec la majorité des auteurs, qu'il faut rechercher l'esprit de la loi plutôt que la

prendre à la lettre. Il est certain, en effet, que le but de la loi de 1855, c'est de rendre publics les actes translatifs de propriété, et, si elle ne soumet pas à la formalité de la transcription les jugements d'adjudication rendus au profit de l'un des cohéritiers, c'est que ces jugements ne font, en vertu de l'art. 883 C. civ., que déclarer des droits préexistants en faisant cesser l'indivision, mais ne transmettent pas la propriété. Or, dans notre espèce, il y a même une raison de plus pour maintenir l'art. 2189, c'est qu'il y aura eu dans tous les cas une transcription faite par l'acquéreur, lorsqu'il a voulu purger, tandis que la mutation de propriété qui a eu lieu du défunt au copartageant devenu adjudicataire, n'aura point été portée à la connaissance des tiers, la loi de 1855, et c'est là un reproche qu'on peut lui faire, n'ayant pas prescrit la publicité des acquisitions à cause de mort. Du reste, il résulte de la discussion même de cette loi qu'elle n'a entendu en aucune manière porter atteinte à l'article 2189, de sorte que cet article a aujourd'hui toute la portée qui lui manquait, avant que la transcription eût été déclarée obligatoire.

L'acquéreur restant définitivement propriétaire de l'immeuble, il ne saurait être question pour lui, comme pour un adjudicataire étranger, de restituer les fruits qu'il a perçus depuis sa mise en possession; ces fruits lui appartiennent irrévocablement.

Quant aux frais que l'art. 2188 C. civ., met à la charge de l'adjudicataire, du moins ceux du contrat et de transcription, et quant aux indemnités qui peuvent être dues à raison des impenses faites sur l'immeuble, il

n'en faut pas parler ici, puisque par suite de l'adjudication, les deux qualités de créancier et de débiteur se réunissent sur la tête de l'acquéreur ; cette obligation s'éteint donc par confusion. Nous en dirons autant de la créance qui peut appartenir à l'adjudicataire, à raison des dégradations causées à l'immeuble.

C'est encore en vertu du même principe qu'il faut accorder à l'acquéreur, devenu adjudicataire, le droit de conserver, à l'exclusion du vendeur et de ses créanciers chirographaires, ce qui peut rester du prix, une fois les créanciers inscrits désintéressés. Et cette solution est admise même par ceux qui attribuent cet excédent aux créanciers chirographaires, lorsque c'est un tiers qui s'est rendu adjudicataire [1].

Examinons maintenant en quelques mots la situation de l'acquéreur à l'égard de son vendeur; bien qu'il conserve la chose, il peut néanmoins se dire vraiment évincé, puisqu'il est obligé de payer une somme supérieure au prix originaire, sous peine de se voir dépossédé. Aussi l'art 2191 lui donne-t-il un recours contre son vendeur, pour se faire rembourser ce qui excède le prix stipulé par son titre avec les intérêts. Toutefois, comme il a le droit de conserver le montant de la somme qui dépasse les créances hypothécaires, il ne pourra réclamer que ce qu'il aura réellement versé aux créanciers en sus de son prix. Ainsi, il a acheté un immeuble 20,000 francs; par suite de

[1] Grenier. — Troplong.

la surenchère il lui a été adjugé pour 30,000 fr., et les créances inscrites se montent à 25,000 fr., c'est donc 5,000 fr. qu'il pourra réclamer à son vendeur.

Du reste, il n'y a pas à se préoccuper de la question de savoir s'il y a vraiment ici une obligation de garantie à la charge du vendeur; car si l'acquéreur a recours contre lui, c'est qu'en définitive c'est avec sa propre chose qu'il a désintéressé les créanciers du vendeur auxquels il ne devait rien, et, par conséquent, il pourra agir contre lui au moyen d'une véritable action de gestion d'affaires, pour obtenir le paiement de tout ce qu'il a déboursé dans son intérêt.

Mais il pourra, du moins nous le croyons, invoquer une action en garantie pour réclamer à son vendeur les frais qu'il a faits pour parvenir à la purge; car, s'il est vrai que l'acheteur pouvait les éviter, il est non moins certain qu'il avait intérêt à les faire pour se mettre à l'abri d'un plus grave danger dont il aurait pu être menacé par la faute de son vendeur. Il est donc juste que celui-ci supporte des impenses qui n'ont été faites que pour obtenir à l'acquéreur une sécurité qu'il aurait dû lui procurer.

De ce que l'adjudication prononcée au profit de l'acquéreur ne fait que maintenir le titre primitif avec son caractère et ses qualités, il résulte que si le titre primitif était une donation, c'est encore comme donation qu'il doit être considéré quant à ses effets. Ainsi la donation continuera à être révocable pour cause d'ingratitude, de survenance d'enfants et d'inexécution

des charges. Si l'adjudicataire succède au donateur, il sera soumis au rapport; enfin, la réduction possible si la donation est exagérée. Bien qu'il ne puisse pas être question de recours en garantie en matière d'acte à titre gratuit, le donataire qui, pour demeurer adjudicataire, a été obligé de désintéresser les créanciers hypothécaires, pourra se faire rembourser la somme qu'il aura payée par une action de gestion d'affaire, et alors on comprend combien seront amoindris les effets de la donation. Ainsi, par exemple, l'hypothèse de la réduction se présentera bien rarement. Et, à propos du rapport, il faut remarquer que si le donataire héritier a accepté, sous bénéfice d'inventaire, la succession du donateur, il conservera contre ses cohéritiers qui lui demanderaient le rapport, la créance en indemnité qu'il avait contre le *de cujus* dont il a payé les dettes.

Quant aux droits de mutation, et c'est par là que nous terminerons, ils ne sauraient être payés deux fois; nous avons déjà posé ce principe en parlant des obligations de l'adjudicataire étranger, *a fortiori* devons nous l'admettre ici. Mais nous avons aussi parlé d'une imputation, ce qui doit faire supposer qu'il peut y avoir lieu à un supplément de droits. En effet, le droit de mutation n'est bien exigé qu'une fois, mais il est exigé d'après le prix auquel a été faite l'adjudication. Ainsi s'agit-il d'une vente, il y a lieu à un supplément de prix, et par suite il s'ajoutera un droit supplémentaire au droit de mutation qui aura déjà été payé par l'acheteur. Si le titre primitif est

une donation, l'adjudication n'aura pas pour effet, même à ce point de vue, de faire considérer l'adjudicataire comme un acquéreur à titre onéreux ; le droit à percevoir sera celui qui grève les actes à titre gratuit et sera fixé d'après le montant de l'adjudication.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Le *jus distrahendi* est de l'essence de l'hypothèque.

II. — Ce droit n'appartient en principe qu'au premier créancier hypothécaire.

III. — Le *jus offerendæ pecuniæ* pouvait être exercé même par un créancier antérieur contre un créancier postérieur.

IV. — L'interdit Salvien n'a pas été étendu sous le nom d'interdit *quasi-Salvien* à tous les créanciers hypothécaires.

V. — Le créancier qui vendait *jure pignoris* la chose engagée, ne garantissait que l'éviction provenant d'un défaut de droit dans sa personne.

DROIT FRANÇAIS

I. — Les créanciers à hypothèque légale dispensés d'inscription n'ont que le délai de deux mois de l'art. 2193 pour surenchérir.

II. — On ne peut surenchérir avant que l'acquéreur ait notifié son contrat.

III. — Il n'est pas nécessaire que le montant de la surenchère soit déterminé numériquement dans l'acte de réquisition de mise aux enchères.

IV. — C'est le jugement d'adjudication, et non la surenchère, qui opère la résolution du premier contrat.

V. — L'art. 2189 du Code civil est en harmonie avec le principe de la loi du 23 mars 1855 qui ne soumet à la transcription que les jugements translatifs de propriété immobilière.

VI. — Le surenchérisseur qui est déclaré adjudicataire sur sa surenchère, est, aussi bien qu'un autre, admis à faire, dans les vingt-quatre heures, déclaration de command au profit d'un tiers.

VII. — On ne saurait déclarer valables et utilement prises, de façon à assurer collocation sur le prix, les inscriptions prises par les créanciers du vendeur après la transcription du premier contrat et

avant celle du jugement d'adjudication, sous prétexte que le premier contrat est annulé et par conséquent sa transcription non avenue.

DROIT COMMERCIAL

I. — La surenchère du dixième est possible en cas d'adjudication des immeubles d'un failli faite sur la poursuite des syndics, mais seulement lorsque la surenchère spéciale de l'art. 573 C. com. n'a pas eu lieu.

II. — L'exigibilité produite par le jugement déclaratif de faillite (art. 444 C. com.) suffit pour permettre aux créanciers hypothécaires de poursuivre l'expropriation des immeubles qui leur sont affectés.

III. — Les créanciers hypothécaires ou privilégiés peuvent renoncer pour partie à leurs sûretés spéciales, et prendre part, dans cette mesure, au vote sur le concordat.

DROIT ADMINISTRATIF

I. — Les jugements d'expropriation pour cause d'utilité publique doivent être transcrits conformément à la loi du 23 mars 1855.

II. — Les créanciers n'ont plus le délai de quinzaine après la transcription pour inscrire leurs hypothèques.

Vu par le Président de la Thèse,

TOUTAIN.

Vu par le Doyen,

DEMOLOMBE.

Vu et permis d imprimer :

Le Recteur,

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

De la réalisation du gage hypothécaire.

Pages.

INTRODUCTION 1

CHAPITRE Ier. A qui appartient le droit de vendre..... 10

CHAPITRE II. Des conditions nécessaires pour exercer le droit de vendre..... 20

CHAPITRE III. — Des formes de la vente et des obligations du créancier vendeur..... 32

CHAPITRE IV. — Des effets de la vente..... 45

§ Ier. Des effets de la vente à l'égard du débiteur... 46

§ 2. Des effets de la vente à l'égard de l'acheteur. 59

§ 3. Des effets de la vente à l'égard des créanciers postérieurs..... 69

CHAPITRE V. — De la réalisation du gage incorporel..... 72

§ 1er Créances..... 73

§ 2. Servitudes personnelles..... 75

§ 3. Droits de gage et d'hypothèque..... 76

§ 4. Emphythéose et superficie..... 77

§ 5. Servitudes réelles..... 78

DROIT FRANÇAIS

De la surenchère du dixième sur aliénation volontaire.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — Définition de la surenchère en général. — Variétés. — Historique et législation... 81
CHAPITRE Ier. — Qu'est-ce que la surenchère du dixième? — Son utilité. — Dans quels cas elle a lieu. — Sur quels biens elle peut porter..... 86
CHAPITRE II. — Qui peut surenchérir?..... 94
§ 1er. Quels créanciers et quelles qualités ils doivent avoir..... 94
§ 2. Capacité de surenchérisseur..... 107
CHAPITRE III. — Délai de la surenchère..... 114
CHAPITRE IV. — Formes de la surenchère..... 122
CHAPITRE V. — Taux de la surenchère..... 135
CHAPITRE VI. — De la caution..... 148
CHAPITRE VII. — Des suites de la surenchère..... 168
CHAPITRE VIII. — Des effets de l'adjudication après surenchère sur aliénation volontaire..... 186
§ 1er. L'adjudication est prononcée au profit d'un étranger..... 186
1° A l'égard de l'acquéreur..... 190
2° A l'égard du précédent propriétaire..... 204
3° A l'égard de l'adjudicataire.. 207
§ 2. L'adjudication est prononcée au profit du premier acquéreur..... 214

ANGERS, IMPRIMERIE LACHÈSE ET DOLBEAU.